

Analyse der Haftpflichtsituation des Treuhänders

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARKUS J. WALDIS
von Weggis LU

genehmigt auf Antrag der
Herren Prof.Dr.iur. Dr.phil. Hans Giger und
Prof. Dr. Max Keller

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981

Analyse der Haftpflichtsituation des Treuhänders

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARKUS J. WALDIS
von Weggis LU

genehmigt auf Antrag der
Herren Prof.Dr.iur. Dr.phil. Hans Giger und
Prof. Dr. Max Keller

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

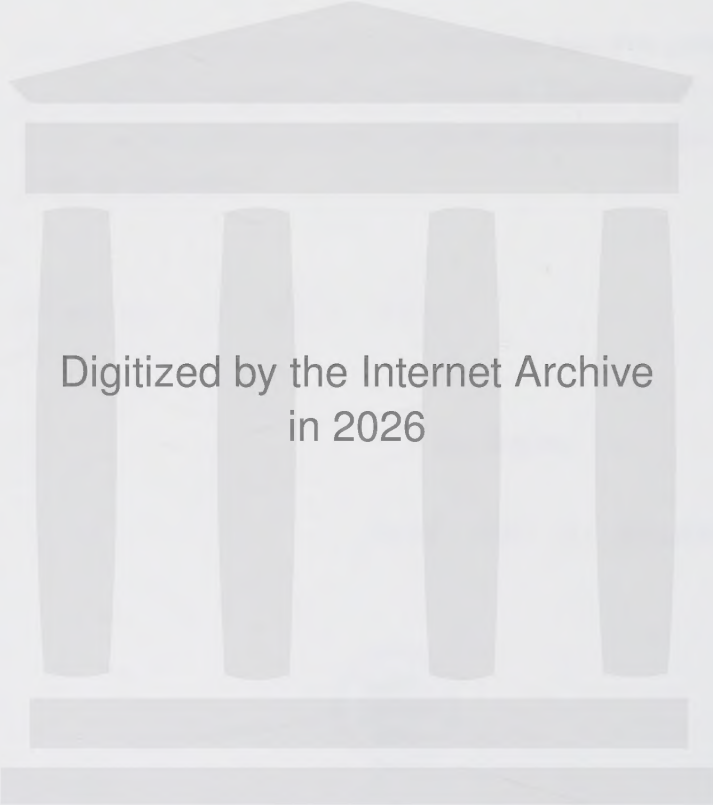
Zürich, den 15. Juli 1981

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Meinen Eltern und Conny



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507203_0059

Inhaltsverzeichnis

I	Einleitung	Seite	1
II	Grundlagen		5
	1a Begriff der Haftpflicht des Treuhänders		5
	1b Darstellung der Haftungsgründe		7
	1c Rechtliche Grundlagen		8
	2 Haftungsarten		12
	2a Verschuldenshaftung		12
	2b Kausalhaftung		15
	3 Haftungsgründe		17
	3a Vertrag		17
	3b Verschulden		17
	3c Gesetzliche Vorschrift		18
	4 Haftungsvoraussetzungen		20
	4a Haftung aus Vertrag		20
	4b Haftung aus unerlaubter Handlung		23
	4c Verhältnis vertr./ausservertr. Haftung		24
	4d Beweislast		25
III	Voraussetzungen der vertraglichen Haftung		26
	1 Vertrag		26
	1a Rechtsverhältnis Treuhänder - Klient		26
	1 Voller Rechtserwerb		26
	2 Pactum, fiduciae als Verfügungsbeschränkung		26
	3 Die Vertrauensstellung des Fiduziars		27
	4 Wirtsch. und juristisches Eigentum		27
	5 Steuerrechtliche Behandlung		28
	6 Umgehungs- und Kreditfunktion		29
	7 OR 401		30
	8 Simulation		31
	1b Entstehung		33
	1c Uebnahmeverschulden		35
	1d Vertragsinhalt		36
	1e Wirkungen		37
	A Pflichten des Fiduziars		37
	aa Pflicht zu persönlicher Ausführung		38
	1 Grundregel und Ausnahmen		38
	2 Haftung bei erlaubter und unerlaubter Substitution		40
	3 Substitut und Hilfsperson		40
	4 Umfang der Haftung		42
	5 Verhältnis Fiduziant - Substitut		42

bb	Sorgfaltspflicht	44
1	Erfolg und Sorgfalt	44
2	Inhalt	44
3	Obj. und subj. Sorgfaltspflicht	45
4	Frage der Haftungsbeschränkung	46
5	Lösungsvorschlag	48
cc	Befolgungspflicht	51
1	Weisung als Auftragskonkretisierung	51
2	Erteilung und Widerruf	52
3	Pflicht zum Einholen von Weisungen	52
4	Frage des Verzichts auf das Weisungsrecht	53
5	Bejahung der Zulässigkeit	54
6	Weisungsänderung	56
7	Erzwingbarkeit	56
8	Verhältnis zu Dritten	57
9	Inhaltliche Anforderungen	58
10	Unzweckmäßige Weisungen	59
11	Folgerungen	60
dd	Rechenschaftspflicht	62
1	Zweck und Umfang	62
2	Information bei Weisungsabweichungen	63
3	Gegenstand	66
4	Information bei Mandatsniederlegung	67
5	Rechenschaft und Genehmigung	68
6	Umfang der Genehmigung	70
ee	Ablieferungspflicht	72
1	Gegenstand	72
2	Erfüllung	73
3	Bestimmung des Ablieferungsanspruchs	76
4	Retentionsrecht	77
5	Befreiungsanspruch	78
6	Umfang und Verjährung	78
ff	Auskunfts- und Raterteilung	80
1	Gegenstand	80
2	AGB und Wegbedingung der Haftung	80
3	Haftung aus Vertrag oder unerl. Handlg.	82
gg	Treuepflicht	84
1	Inhalt	84
2	Umfang	86
3	Vertrauensschaden und Strafrecht	87
4	Mass der Haftung, Beweislast und Verjährung	89
hh	Verwertungspflicht	92

III

B	Pflichten des Fiduzianten	94
aa	Zahlung des Honorars	94
1	Historischer Ueberblick	94
2	Tendenzen der Gegenwart	95
3	Vereinbarung des Honorars	96
4	Erhebung des Anspruchs	97
bb	Verwendungs- und Auslagenersatz	99
1	Voraussetzungen der Geltendmachung	99
2	"Verwendungen" im Zivilrecht	100
3	Richtige Ausführung als Voraussetzung	103
4	Fälligkeit und Verzinsung	105
cc	Befreiungspflicht	107
1	Gegenstand	107
2	Entstehung des Befreiungsanspruchs	107
3	Erfüllung	108
4	Deckungsanspruch des Fiduziars	109
dd	Schadenersatzpflicht	111
1	Inhalt	111
2	Haftungsmilderung im unentgeltlichen Auftrag	112
3	Voraussetzungen des Schadenersatzes	112
4	Gegenstand der Haftung	116
5	Erhebung des Schadenersatzanspruchs	116
2	Vertragsverletzung	118
3	Schaden	122
4	Genugtuung	127
5	Kausalzusammenhang	130
6	Verschulden	133
7	Vertragliche Haftung für Hilfspersonen	134
IV	Haftung aus unerlaubter Handlung	137
1	Sorgfaltsverletzungen	137
2	Treueverletzungen	139
3	Ausservertragliche Haftung für Hilfspersonen	140
V	Geschäftsführung ohne Auftrag	145
VI	Schlussbetrachtungen	148
	Literaturverzeichnis	I
	Abkürzungsverzeichnis	VIII

I Einleitung

Zielsetzung der vorliegenden Arbeit ist es, die haftpflichtrechtliche Situation des Treuhänders zu erläutern. Die dazu erforderlichen Erörterungen setzen eine Umschreibung des Begriffes Treuhänder voraus, denn dieser Begriff wird gerade in der Schweiz zur Bezeichnung der mannigfaltigsten wirtschaftlichen Beziehungen verwendet. Der Gebrauch dieses Wortes erstreckt sich aber weit über rein wirtschaftliche Verhältnisse hinaus und erfolgt ganz allgemein da, wo eine Partei das ganz besondere Vertrauen der Gegenpartei geniesst und in deren Interesse tätig wird, indem sie Aufgaben der andern Partei erfüllt. So sprach man beispielsweise von der Besetzungsmacht in Deutschland als von einem Treuhänder der Völkergemeinschaft.¹

Aber auch die Beschränkung auf rein wirtschaftliche Verhältnisse oder auf das Geschäftsleben beinhaltet noch eine grosse Vielfalt verschiedenster Anwendungsformen der Treuhand. "Jeder Versuch einer genauen Begriffsbestimmung scheitert"².

Aus diesem Grunde haben sich die folgenden Erörterungen ausschliesslich im Rahmen des juristischen Treuhandbegriffes zu bewegen. Gemäss Bundesgericht ist danach derjenige als Treuhänder zu betrachten, "dem fremdes Gut oder fremde

¹ Gubler 217a

² Gubler 218a

Interessen in irgendeiner Form zur Betreuung übergeben werden"³.

Bei der Unterteilung der verschiedenen Arten der Treuhand stösst man vorerst auf die Verwaltungs- und die Sicherungsfiduzia, welche schon dem römischen Rechte bekannt waren. "Die Treuabrede, das pactum fiduciae, das mit der Mancipatio verbunden werden kann, wird entweder mit einem Gläubiger abgeschlossen, dem die manzipierte Sache als pfandmässige Sicherheit dienen soll (Fiducia cum creditore contracta). Oder die Sache wird einem Vertrauensmann zu andern Zwecken manzipiert (untechnisch fiducia cum amico contracta)."⁴

Eine weitere Unterteilungsmöglichkeit liegt in der Tatsache begründet, dass das Gesetz selber der Treuhandsituation vergleichbare Beziehungen zwischen verschiedenen Rechtsträgern schafft, wie beispielsweise im Falle der Willensvollstreckung (ZGB 517 ff), der Erbschaftsverwaltung (ZGB 554ff), der Verwaltung des Kindsvermögens durch die Eltern (ZGB 318 ff), der Konkursverwaltung (SchKG 240) usw. In allen diesen Fällen wird der Quasitreuhänder⁵ von Gesetzes wegen verfügungsberechtigt, "wobei auch hier der Treuhänder ein eigenes Interesse haben kann (zum Beispiel der Ehemann beim eingebrachten Gut) oder nicht (der Willensvollstreckter)⁶.

³ BGE 68 I 120

⁴ Kaser 100

⁵ Friedmann 827 ff

⁶ Wälli 21

Schliesslich können noch weitere Arten des fiduziarischen Rechtsgeschäftes entsprechend den verschiedenen Funktionen unterschieden werden. So spricht man von offener oder verdeckter Fiduzia, je nachdem ob der fiduziarische Vertrag Dritten gegenüber geheimgehalten werden soll oder nicht.⁷ Oder man stellt auf das Kriterium der Interessenlage ab und differenziert zwischen einseitigen und mehrseitigen fiduziarischen Rechtsgeschäften⁸.

Eine weitergehende Aufzählung der verschiedenen Funktionen der Treuhand findet sich bei Wälli⁹ und den dort zitierten Autoren. Zu erwähnen bleiben noch die Umgehungs- und die Kreditfunktion der Treuhand. Vor allem die Kreditfunktion führte wie in unserer Epoche schon bei den Römern zur weiten Verbreitung dieser Institution, denn mit dem Aufblühen von Handel und Verkehr wuchs auch das Kreditbedürfnis. Da die Römer aber die beschränkten dinglichen Rechte noch nicht in der heutigen Form kannten und dennoch Sicherheiten für einen erteilten Kredit verlangen wollten, verband man die traditionellen Institute der Eigentumsübereignung (mancipatio oder in iure cessio) mit einer Treuabrede, welche den Kreditnehmer nach Rückzahlung des Kredits dazu berechnigte, die Rückgabe des Treuguts zu verlangen.¹⁰

Eine heute durchaus übliche Erscheinung der fiduziarischen Sicherungsübereignung liegt in jenen Fällen begründet, in

⁷ Ammann 10 mit Hinweisen

⁸ Wälli 20

⁹ Wälli 13

¹⁰ Blass 38 ff

welchen eine Schweizer Bank gegen die Uebertragung des Eigentums an den eingelagerten Waren einen Kredit erteilt. Damit entfällt eine Verpfändung der Ware; das Eigentum wird durch Anweisung an den Lagerhalter, die Ware sei auf den Namen der Bank zu überschreiben, übertragen, und bleibt solange Eigentum des Kreditgebers, als der frühere Einlagerer seiner Schuldpflicht gegenüber seinem Gläubiger noch nicht nachgekommen ist.¹¹

¹¹ Guhl 483

II Grundlagen

1a Begriff der Haftpflicht des Treuhänders

Die Mehrdeutigkeit des Begriffes Haftpflicht¹ zwingt uns zu einer weiteren Abgrenzung des Themas der vorzunehmenden Erörterungen. So stellt sich die Frage, ob wir unsere Betrachtungen lediglich auf das Gebiet der ausservertraglichen Schädigungen beschränken wollen gemäss einer vom Bundesgericht² getroffenen Abgrenzung, oder ob auch vertragliche Schädigungen in die Untersuchungen mit einbezogen werden sollen.

Die vorliegende Arbeit stützt sich auf ganz spezifische Rechtsbeziehungen ab, in deren Mittelpunkt der Treuhandvertrag steht. Aus diesem Grunde müssen wir den Rahmen des konventionellen Haftpflichtbegriffes sprengen, denn eine Darstellung der haftpflichtrechtlichen Situation muss gerade auch die aus den vertraglichen Beziehungen erwachsenden Schädigungen berücksichtigen. Demzufolge wollen wir den Begriff Haftpflicht in einem weiteren Sinne so verstehen, dass darunter neben den ausservertraglichen Schädigungen auch jene Fälle subsumiert werden können, in denen gegen den Treuhänder eine Forderung aus vertraglicher Schädigung

¹ Oftinger I 3

² BGE 65 II 193

durch Verletzung der ihm aus dem Treuhandvertrag obliegenden vertraglichen Pflichten erhoben wird.

HAFTUNGSGRÜNDE

Vertrag

Vertrag sui generis
Auftrag; evtl. Kom-
mission, Hinterle-
gung

Geschäftsführung
ohne Auftrag
OR 419 ff, 97 ff

OR 394 ff, 94 ff
evtl. OR 425 ff,
OR 472 ff

OR 101

1. Vertrag
2. Vertragsverletzung
3. Schaden
4. Genugtuung
5. Kausalzusammenhang
6. Verschulden

unerlaubte Handlung

allgemeine Verschul-
denshaftung OR 41 ff

Geschäftsherrenhaf-
tung OR 55

1. Schaden, Genugtuung
2. Widerrechtlichkeit
3. Kausalzusammenhang
4. Verschulden

1. Schaden
2. Hilfsperson
3. Dienstl. oder ge-
schäftl. Verrichtung
4. Verursachung
5. Ekulpation

1c Rechtliche Grundlagen

Das Institut der Treuhand ist im schweizerischen Zivilrecht nicht ausdrücklich geregelt, obwohl unser Wirtschaftsleben unzählige Varianten des Treuhandverhältnisses hervorgebracht hat. Allerdings besteht eine ganze Reihe von Vorschriften, welche auf derartige Rechtsbeziehungen ihre Anwendung finden.

Schon erwähnt worden sind die Einrichtungen der gesetzlichen Treuhand¹, in welchen ein Quasitreuhänder von Gesetzes wegen verfügungsberechtigt wird. Eine weitere, der Treuhand verwandte Regelung findet sich in OR 1156ff über die Anleiensobligationen.

Im Bundesgesetz über den Anlagefonds trifft man auf weitere Einzelregelungen, welche auch bei der Beurteilung anderer Treuhandschaften² herangezogen werden können. So verweist etwa Art 8 des Gesetzes für das Rechtsverhältnis zwischen Fonds und Anlegern auf das Auftragsrecht, was von verschiedenen Autoren³ als Indiz für die Richtigkeit der allgemeinen Anwendung des Auftragsrechts auf fiduziarische Rechtsverhältnisse gewertet wird.

Ferner gewährt Art 17 den Anlegern im Konkurs der Fondsleitung ein Aussonderungsrecht an ihren Sachen und Rechten unter Vorbehalt der Ansprüche der Fondsleitung gegenüber

¹ S. 2 oben, ferner Guhl 148; Wyler ZSR nF 56 296ff; 90 II 381

² allerdings bestehen gewisse Unterschiede zwischen Anlagefondsvertrag und Treuhandvertrag. So hat der Anleger kein Weisungsrecht (AFG 12 I), sein Ablieferungsanspruch beschränkt sich auf Barentschädigungen und beim Immobilienfonds hat die Fondsleitung max. zwei Jahre Zeit zur Beschaffung der zur Rückzahlung erforderlichen Mittel (vgl. Wälli 46).

³ Coing 223 u.

der Konkursmasse. Hinzu kommen Buchführungs- und Rechenschaftspflichten sowie beim Vorliegen eines berechtigten Interesses eine Auskunftspflicht bezüglich einzelner Geschäftsvorfälle. Im Übrigen ist die Fondsleitung verpflichtet, ausschliesslich die Interessen der Anleger zu wahren; sie darf weder für sich noch für Dritte Vermögensvorteile beanspruchen oder entgegennehmen im Zusammenhang mit Erwerb und Veräusserung von Sachen und Rechten für den Anlagefonds (unter Vorbehalt der vorgesehenen Provisionen) ⁴.

Das Treuhandverhältnis beinhaltet ein obligatorisches und ein dingliches Rechtsgeschäft, denn um im eigenen Namen rechtsgeschäftlich über das Treugut verfügen zu können, muss der Fiduziar das Eigentum⁵ daran erwerben. Sowohl die Uebertragung von Immobilien (ZGB 656,657) als auch von Fahrnis (ZGB 714) werden heute (seit BGE 55 II 306) als kausale Rechtsgeschäfte⁶ behandelt. Zu erwähnen ist hier allerdings ZGB 717, welcher Artikel besagt, dass Eigentumsübertragungen mit Besitzeskonstitut Dritten gegenüber immer dann unwirksam sind, wenn damit deren Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist. (Ob ein solcher Tatbestand vorliegt, entscheidet der Richter nach seinem Ermessen ⁷). Diese Vorschrift stellt eine Positivierung von ZGB 2 II

⁴ AFG 14

⁵ Der volle Rechtserwerb durch den Fiduziar wird heute von der h.L. und dem Bundesgericht bejaht (vgl. Wälili 29 m. Hinweisen).

⁶ In BGE 71 II 169 wurde der Inkassoauftrag ausdrücklich als Rechtsgrund der Abtretung bezeichnet. Auch bei den übrigen Treuhandgeschäften ist davon auszugehen, dass der Treuhandvertrag die causa für das Zuwendungsgeschäft bildet. In diese Richtung weisen auch BGE 85 II 99 und 91 II 448.

⁷ BGE 78 II 211 und 88 II 79

dar; der Gesetzgeber wollte damit den Dritten vor rechtsmissbräuchlichen Anwendungen der Regeln über das Besitzeskonstitut schützen. Daraus ergibt sich für fiduziarische Sicherungsübereignungen, welche durch blosses Besitzeskonstitut vollzogen werden, die schwerwiegende Folgerung, dass zwar unter den Parteien die vereinbarten Wirkungen bestehen, Dritten gegenüber jedoch die Eigentumsübertragung unwirksam ist ⁸.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob für das fiduziarische Rechtsgeschäft eine Eigentumsübertragung oder ein anderes Rechtsgeschäft begriffsnotwendig sei oder ob schon die fiduziarische Vereinbarung allein zur Begründung eines fiduziarischen Rechtsgeschäftes genüge⁹.

Unter Hinweis auf die Besonderheit im Markenrecht, wo der Markenrechtserwerb originär, nämlich ohne Zuwendungsge-
schäft, sondern durch blosse Ingebrauchnahme erfolgen kann, und unter Anführung eines andern Beispiels, in welchem eine Liegenschaft nach dem Kauf weiterhin beim früheren Eigentümer und jetzigen Verkäufer bleibt, kommt Rüede¹⁰ zu folgender Wesensumschreibung der Treuhand: "Das fiduziarische Rechtsgeschäft besteht stets aus einer fiduziarischen Vereinbarung, die den Fiduziar verpflichtet, ein Recht gemäss dem Zweck des Geschäftes zu halten und

⁸ BGE 78 II 212; vgl. ferner v.Tuhr/Peter I 205

⁹ vgl. die Kontroverse um dieses Thema bei Rüede 32 ff

¹⁰ Rüede 35

auszuüben, die bestimmt, in welchem Umfang der Fiduziar weisungsgebunden ist, und ihn verpflichtet, dieses mit Beendigung des Rechtsverhältnisses abzuliefern. Dazu kommt in der Regel der Erwerb des Rechts durch den Fiduziar." Mit dieser Qualifikation des fiduziarischen Rechtsgeschäftes geht Rüede weiter als das Bundesgericht, welches in BGE 85 II 99¹¹ den originären Rechtserwerb vernachlässigt und folgendes festhält: Le fiduciaire, "suivant les cas, est déjà titulaire du droit, ou l'acquiert du fiduciant ou d'un tiers".¹²

Es ist nicht einzusehen, weshalb der Rechtserwerb durch den Fiduziar nicht schon vor der Begründung des fiduziarischen Rechtsgeschäftes erfolgt sein kann, wie dies verschiedene Autoren in Abrede zu stellen scheinen. Ferner kann keine Begründung für einen Ausschluss des originären Eigentumserwerbes durch den Fiduziar gefunden werden. Vielmehr scheint es, dass das Bundesgericht den Fall des originären Rechtserwerbes in Ausführung eines Auftrags deshalb unbeachtet liess, weil ein derartiger Tatbestand im allgemeinen Zivilrecht praktisch gar nicht vorkommt.¹⁴

¹¹ ferner BGE 39 II 809; 81 II 230, 541; 89 II 410

¹² Damit anerkennt das Bger einen Rechtserwerb durch Zuwendung aus dem Vermögen des Dritten, wogegen diese Zuwendungsart in Deutschland noch umstritten ist (vgl. Wälli 56 Anm. 42).

¹³ Ammann 33, Bergmeier 35, Droin SJZ 55 137, Gerstle 34 Guhl 68, Gubler Diss 137, Keller R. 24, Oftinger syst. Teil N. 241; Wälli 24; Jäggi ZSR nF 73 573a

¹⁴ Dagegen erfolgt der Erwerb von immateriellen Gütern oft originär (vgl. dazu Rüede 156 ff, 162 ff, 269 f)

2 Haftungsarten

Die herrschende Lehre¹ unterscheidet zwischen zwei Arten der ausservertraglichen Haftung: Verschuldens- und Kausalhaftung. Zum besseren Verständnis der vorliegenden Arbeit sollen diese beiden Begriffe im folgenden kurz erläutert werden.

2a Verschuldenshaftung

Das schweizerische Haftpflichtrecht umschreibt in OR 41 ff die Voraussetzungen der ausservertraglichen Haftung. Gemäss dieser Norm wird bei einer Schädigung dem Schädiger allgemein dann eine Ersatzpflicht auferlegt, wenn ihm - neben der Widerrechtlichkeit seines Tuns und dem Kausalzusammenhang zwischen Schaden und schädigender Handlung - ein Verschulden nachgewiesen werden kann. In Einklang mit dem römischen Rechte und den unserer Rechtskultur verwandten Rechtsordnungen gilt demnach im schweizerischen Haftpflichtrecht das Verschuldensprinzip.²

Guhl³ qualifiziert das Wesen des Verschuldens als Willensfehler. Gemäss dieser Auffassung beruht das Verschulden auf einem Abweichen des Täters von den "richtigen Grundsätzen, die für ihn auf Grund des Schuldverhältnisses zwischen ihm und dem Geschädigten hätten massgebend sein

¹ so etwa Guhl 174 ff; Oftinger I 14 ff

² Oftinger I 14

³ Guhl 93

müssen oder welche das menschliche Zusammenleben regeln.⁴

Die Qualifikation als Willensfehler ist aber u.E. eine unvollständige und muss dahin ergänzt werden, dass beim Täter neben der Willenskomponente auch die Wissenskomponente mitberücksichtigt werden muss. Das Verschulden des Täters, welcher um die Entstehung des eingetretenen Schadens eine sichere Kenntnis hatte, muss nämlich höher eingestuft werden als dasjenige eines solchen Täters, der die schädigende Folge seines Verhaltens nicht einmal voraussah, sondern nur bei Anwendung der gebotenen und von ihm unter den gegebenen Umständen zu erwartenden Sorgfalt hätte voraussehen müssen oder können. Das Wesen des Verschuldens wird deshalb mit dem Begriff Willensfehler nur unvollständig erfasst und sollte demzufolge in Analogie zum strafrechtlichen Schuldbegriff⁵ als Willens- und Wissensfehler umschrieben werden.

Das Mass des Verschuldens wird von den beiden Komponenten Willen und Wissen bestimmt und als vorsätzliche oder absichtliche (dolus), bei geringerem Verschulden als grob⁶ bzw. leichtfahrlässige⁷ (culpa) Schadensstiftung eingestuft. Für die Beurteilung der Verschuldenshöhe im konkreten Fall haben die Gerichte in langjähriger Praxis hier nicht weiter zu erörternde Formeln herausgearbeitet .

⁴ ... "Abweichung vom von der Rechtsordnung als angebrachtem Durchschnittsverhalten gedachten Benehmen" (Oftinger I 141).

⁵ vgl. Schultz I S.130

⁶ Grobfahrlässig ist die Missachtung elementarer Vorsichtsregeln, deren Beachtung sich jedem vernünftigen Menschen in der gleichen Lage aufdrängt (Chatelain S. 227).

⁷ Als leichte Fahrlässigkeit gelten alle Fehler, die nicht die Stufe grober Fahrlässigkeit erreichen (Oftinger I 133).

Zur Beurteilung des Verschuldens einer juristischen Person ist auf das Verschulden ihrer Organe⁸ abzustellen (ZGB 55 II, OR 718 III, 814 IV, 899 III).

Ferner besteht in gewissen Fällen eine Haftung des Geschäftsherrn für die Handlungen seiner Hilfspersonen. Die besondere Ausgestaltung dieser Kausalhaftungsfälle statuiert eine Verantwortung etwa des Dienstherrn für seine Angestellten in dem Sinne, als er beim Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen nicht nur für sein eigenes, sondern sogar für fremdes Verschulden einzustehen hat⁹.

Selbstverschulden

Obwohl das Selbstverschulden nicht als Verschulden im eigentlichen Sinne bezeichnet werden kann, weil es nicht zur Schädigung einer andern Person führt, bestimmt sich sein Mass nach den gleichen Regeln wie beim eigentlichen Verschulden. Liegt ein Selbstverschulden des Geschädigten vor, so bewirkt es eine Reduktion des Schadenersatzes oder der Genugtuung. Bei genügender Intensität dieses Selbstverschuldens können Schadenersatz bzw. Genugtuung sogar gänzlich verweigert werden¹⁰ (OR 43 ff, 47 ff).

⁸ Oftinger I 141

⁹ Oftinger I 163 ff

¹⁰ Oftinger I 158

2b Kausalhaftung

Der Gesetzgeber hat in gewissen Fällen vom Erfordernis des Verschuldens abgesehen und den Geschädigten damit vom Nachweis eines Verschuldens¹ befreit². Dies hat einmal zur Folge, dass auch ein Urteilsunfähiger ersatzpflichtig werden kann. Hinzu kommen jene Fälle, in welchen eine Partei sich das Verschulden anderer Personen anrechnen lassen muss wie in dem oben³ angeführten Beispiel der Geschäftsherrenhaftung. Schliesslich wird bei gewissen Kausalhaftungen auch eine Verantwortlichkeit für Schädigungen herbeigeführt, die nicht auf menschlichem Verhalten beruhen, sondern durch höhere Gewalt oder Zufall bewirkt werden.

Die Kausalhaftungen werden von der herrschenden Lehre⁴ in zwei Hauptgruppen eingeteilt. Dabei wird unterschieden zwischen den ausnahmslos in Spezialgesetzen geregelten Fällen der Gefährdungshaftung⁵ und der gewöhnlichen Kausalhaftung. Zu den Gefährdungshaftungen gehören all jene Fälle, in welchen eine bestimmte Tätigkeit oder Einrichtung infolge ihrer besonderen Natur eine "relativ ausgeprägte Tendenz zur Herbeiführung von Schäden" besitzt und die Wahrscheinlichkeit besteht, "dass eine Anomalie der betreffenden Vorrichtung oder Tätigkeit quantitativ oder qualitativ schwere Folgen zeitigt"⁶. Zu erwähnen sind vor

¹ Anstelle des Verschuldens tritt bei den Kausalhaftungen das Erfüllen von "conditions legales, auxquelles la loi attache une responsabilité" (Chatelain, 209 ff).

² weil sich z.B. der Verschuldensnachweis nicht eindeutig erbringen lässt (M. Keller, Festgabe Oftinger 111 ff).

³ S. 14 oben, S.141 ff unten

⁴ Guhl 188; Oftinger I 20 ff

⁵ AtG, EHG, ElG, LfG, SVG u.a.

⁶ Oftinger I 20

allen die Betriebshaftungen, wie sie sich etwa aus dem Betrieb einer elektrischen Anlage, eines Atomkraftwerkes, einer Eisenbahn, eines Flugzeuges oder eines Motorfahrzeuges ergeben.

Kennzeichnend für alle Gefährdungshaftungen ist die Bestimmung, dass der Haftpflichtige sich nicht durch den Nachweis der erfüllten Sorgfaltspflicht von der Haftung befreien kann. Ein solcher Entlastungsbeweis steht dagegen bei den gewöhnlichen Kausalhaftungen offen. In diese Haftungskategorie fallen alle jene Normen, welche nicht zu den Gefährdungshaftungen gezählt werden können; so vorab ZGB 333 (Haftung des Familienhauptes), ZGB 679 (Haftung des Grundeigentümers), OR 56 (Haftung des Tierhalters), OR 58 (Haftung des Werkeigentümers) und die für die vorliegende Arbeit wichtige Bestimmung in OR 55 (Geschäftsherrenhaftung).⁷

⁷ Die Einteilung der Haftungsarten in Verschuldens- und Kausalhaftungen birgt allerdings auch gewisse Unzulänglichkeiten. Insbesondere beinhaltet auch die Kausalhaftung den (indirekten) Vorwurf eines tadelnswerten Verhaltens, weshalb dieses Merkmal nicht als Unterscheidungskriterium zwischen Verschuldens- und Kausalhaftung dienen kann. Nur die Gefährdungshaftung verzichtet auf den Vorwurf tadelnswerten Verhaltens und legt der Haftung das Prinzip des für einen bestimmten Betrieb typischen Gefahrenbereiches zugrunde (vgl dazu W. Lanz 198 ff).

3 Haftungsgründe

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Eigentümer das Risiko eines Vermögensschadens zu tragen hat.¹ Rechtspolitisch mag dies damit begründet werden, dass der Genuss der aus dem Vermögen fliessenden Rechte und Vorteile diesen Preis, nämlich eben die Tragung des Risikos eines Vermögensschadens, rechtfertigen. Diese Regel erleidet aber drei wichtige Ausnahmen, welche eine Abwälzung des eingetretenen Schadens ermöglichen und auf die wir kurz eingehen wollen.

3a Vertrag

In verschiedenen Fällen wird von den Parteien die Tragung des Schadens im voraus vertraglich vereinbart. Damit sind etwa die Versicherungsverträge, Bürgschaften und Garantieverträge gemeint.

3b Verschulden

Sowohl im ausservertraglichen als auch im vertraglichen Haftpflichtrecht spielt das Verschulden als Haftungsgrund eine bedeutende Rolle. Generell wird gemäss OR 41 derjeni-

¹ Nach dem römischrechtlichen Grundsatz "casum sentit dominus" trägt der Eigentümer die Gefahr für den Zufall (vgl. dazu Oftinger I 33).

ge zum Ersatze des eingetretenen Schadens verpflichtet, dem eine schuldhafte Herbeiführung dieses Schadens nachgewiesen und vorgeworfen werden kann.

Im vertraglichen Haftpflichtrecht liegt der Fall gerade umgekehrt: ein Verschulden¹ des nicht oder nicht gehörig erfüllenden Vertragspartners wird vom Gesetze vermutet und ist von diesem Kontrahenten zu widerlegen (OR 97, 109 II).

3c Gesetzliche Vorschrift

Schliesslich kommt es dann zur Abwälzung eines Schadens, wenn eine gesetzliche Vorschrift dies verlangt. Neben den bereits erwähnten Fällen der Kausalhaftung^{1a} und der Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 419 ff) sei hier auch noch auf die sich mehr und mehr verbreitende Tendenz hingewiesen, wonach jedem Geschädigten ein Ersatzpflichtiger gegenübergestellt werden soll. Diese Tendenz erreicht ihren Höhepunkt in der Haftbarmachung und Ersatzpflicht des Staates für Schäden, deren Urheber unbekannt oder nicht versichert ist, wie dies etwa SVG 76 ff vorsieht, wonach der Bund von unbekannten Motorfahrzeugen und Radfahrern verursachte Personen- und Sachschäden deckt². Die Idee der Gefahrengemeinschaft (hier die Gesamtheit der Verkehrsbenützer) wird dazu verwendet, dem einzelnen Geschädigten die Unbill eines ohne

¹ Verschulden i.S. eines Verhaltens, das "rechtliche Tadelnswürdigkeit" besitzt (A. Keller 69).

^{1a} oben S.15

² Der Bund hat bei der "Zürich" Versicherungsgesellschaft eine entsprechende Versicherung abgeschlossen. Gemäss Angaben der "Zürich" beträgt der Selbstbehalt allerdings Fr. 1000.- pro Schadensfall.

Selbstverschulden entstandenen Schadens zu vermindern und auf den Staat zu verteilen im Sinne einer Kollektivhaftung.³

³ Oftinger I 37 ff

4 Haftungsvoraussetzungen

4a Haftung aus Vertrag

Die vertragliche Haftung setzt das Vorhandensein eines gültig zustande gekommenen Vertrages voraus. Schon während den Vertragsverhandlungen zwischen dem Treugeber und dem Treuhänder kann es indessen zu einem Verstoss gegen Treu und Glauben (ZGB 2) kommen, wodurch eine hier nicht näher zu untersuchende Forderung aus culpa in contrahendo¹ entstehen könnte, ohne dass die Parteien überhaupt zu einem Vertragsabschluss gekommen wären.

Als zweite Voraussetzung einer vertraglichen Haftung muss ein Schaden, eine Vermögensminderung² vorliegen, wobei unter Vermögen die Gesamtheit der wirtschaftlich bedeutsamen und messbaren Güter, an denen eine Person berechtigt ist³, zu verstehen ist. Neben der Differenz der beiden Vermögensstände vor und nach dem schädigenden Ereignis (damnum emergens) gehört auch eine Berücksichtigung eines allenfalls infolge der Schädigung entgangenen Gewinnes (lucrum cessans) zur Bestimmung der Schadenshöhe.

Ist nicht das Vermögen, sondern das Recht der Persönlichkeit tangiert, so liegt tort moral oder immaterielle Unbill vor, was einen Anspruch auf Genugtuung, nicht Schadenersatz,

¹ vgl. dazu etwa Guhl 111, 112 und dort zitierte Entscheide

² zur Feststellung der Vermögensminderung und damit des Schadens ist der gegenwärtige Stand des Vermögens des Geschädigten vom Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte, abzuziehen. (vgl. Deschenaux/Tercier 49).

³ Oeftinger I 53

bewirkt (OR 47, 49).

Ein drittes Erfordernis zur Begründung einer vertraglichen Haftung liegt in der Verletzung des gültig zustande gekommenen Treuhandverhältnisses. Diese kann sowohl in der Nichterfüllung (OR 97 I, 98 I, 119 I) als auch in einer nicht gehörigen Erfüllung bestehen (Verzug des Schuldners (OR 102 ff) bzw. des Gläubigers (OR 91 ff) oder positive Vertragsverletzung, d.h. Gefährdung oder Vereitelung des Vertragszweckes vor oder nach der Fälligkeit der einzelnen vertraglichen Leistungen (OR 97 I, 107 ff)).

Sind Schaden und Verletzung des gültig zustande gekommenen Vertrages nachgewiesen, muss untersucht werden, ob zwischen der schädigenden Handlung (der Vertragsverletzung) und dem entstandenen Schaden als vierter Voraussetzung ein adäquater Kausalzusammenhang besteht⁴; ob also die Verursachung nach menschlicher Voraussicht mit der gefahrbildenden Tatsache verbunden ist, ob sie generell geeignet ist, Wirkungen der eingetretenen Art hervorzurufen⁵.

Die letzte Voraussetzung der vertraglichen Ersatzpflicht wird vom Gesetze als erfüllte Tatsache hingestellt, indem ein Verschulden der nicht oder schlecht erfüllenden Vertragspartei präsumiert wird⁶ (OR 97 I, 103 II, 106 I, 109 II)⁷. Nun liegt es an ihr, sich durch einen entsprechenden Nachweis zu exkulpieren.⁸

⁴ s. unten S.131

⁵ Vertragliche Haftung bedeutet Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast. Zu den Kausalhaftungen im Vertragsrecht vgl. A. Keller 34ff

⁶ Guhl 84 und angeführte Entscheide

⁷ Guhl 222ff

⁸ indem er beweist, "dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle" (OR 97 I)

Die Haftung für leichtes Verschulden kann allerdings vertraglich ausgeschlossen werden (OR 100 I), wobei jedoch der Richter ausnahmsweise eine derartige Vereinbarung als nichtig erklären kann (OR 100 II).

Allgemein wird das Mass der Haftung dann milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteile bezweckt,⁹ wie dies etwa beim unentgeltlichen Auftrag der Fall sein kann (OR 99 II, 248 I, 420 II). Bei der Bestimmung des Schadenersatzes sind die Umstände, das Verschulden des Schuldners und ein allfälliges Selbstverschulden auf der Seite des Geschädigten zu berücksichtigen (OR 43, 44).

Das Vorliegen eines Schadens, seine Höhe, Adäquanz und Intensität des Kausalzusammenhanges zwischen der Vertragsverletzung und dem entstandenen Schaden sowie das Verschulden lassen sich nur anhand eines konkreten Sachverhaltes bestimmen. Dagegen kann gesagt werden, dass jede Vertragsverletzung aus der Nicht- bzw. Schlechterfüllung einer oder mehrerer vertraglichen Pflichten durch die Vertragsparteien resultiert.¹⁰ Sinngemäss wird das Hauptgewicht der nachfolgenden Untersuchungen über die Voraussetzungen der vertraglichen Haftung des Treuhänders in der Bestimmung dieser vertraglichen Pflichten liegen.

⁹ BGE 63 II 240

¹⁰ Die Vertragsverletzung stellt eine vertragswidrige, den Gläubiger schädigende Handlung oder Unterlassung dar, welche einen Schaden oder immaterielle Unbill bewirkt und deshalb zur Begründung eines Schadenersatzanspruches, evtl. eines Genugtuungsanspruches führen kann. (Becker, N.7 zu OR 97; A. Keller 317)

4b Haftung aus unerlaubter Handlung

Auch die ausservertragliche Haftung setzt beim Geschädigten eine Vermögensminderung oder die Zufügung einer immateriellen Beeinträchtigung voraus. Die Widerrechtlichkeit, welche sich bei der vertraglichen Haftung schon aus der Vertragsverletzung ergibt, ist bei der ausservertraglichen Haftung immer dann gegeben, wenn ein "Verstoss gegen Normen, die direkt oder indirekt Schädigungen untersagen, mit andern Worten dem Rechtsgenossen ein Schädigungen vermeidendes Verhalten vorschreiben"¹, vorliegt.

Ferner muss der Geschädigte auch hier das Vorhandensein eines adäquaten Kausalzusammenhanges zwischen schädigender Handlung und eingetretenem Schaden nachweisen.

Schliesslich muss in den Fällen der Verschuldenshaftung² auch ein Verschulden³ des Täters vom Geschädigten (im Gegensatz zur vertraglichen Haftung) nachgewiesen werden können.

¹ Oftinger I 128 und dort zit. Literatur

² Im Falle der Kausalhaftungen (z.B. OR 55) spricht man von einer vorausgesetzten Sorgfaltspflicht, die "gänzlich objektiviert ist, und daher gilt diese Pflicht schon dann als verletzt, wenn immer die gesetzlichen, vom Geschädigten zu beweisenden Elemente des Tatbestandes als die Bedingungen der Haftpflicht erfüllt sind". (Oftinger II 1,3)

³ welches als tadelnswertes, weil unter den gegebenen Umständen gegen ein als angebracht erscheinendes durchschnittliches Verhalten (comportement modèle) aufgefasst wird (Deschenaux/Tercier 78)

4c Verhältnis vertragliche / ausservertragliche Haftung

Nach ständiger Praxis des Bundesgerichtes¹ steht es im Ermessen des Geschädigten, auf welchen Haftungstatbestand er sich berufen will, wenn der Haftpflichtige gleichzeitig vertragliche und ausservertragliche Tatbestände erfüllt hat; es ist also Alternativität der Rechtsbehelfe anzunehmen.² Da aber die Klage aus OR 97 für den Geschädigten bezüglich Beweislastverteilung und Verjährung die günstigere Lösung darstellt, wird er im allgemeinen den Anspruch aus Vertragsverletzung vorziehen. Gemäss dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* entfällt hingegen die Möglichkeit einer Wahl der Rechtsbehelfe immer dann, wenn der Haftungstatbestand eines Spezialgesetzes erfüllt ist (z.B. SVG 58)³.

¹ Guhl 204; Oftinger I 479 ff; A. Keller 326f

² Das BG bejaht die kumulative Anrufung der beiden Haftungsgründe in BGE 64 II 259 ausdrücklich

³ Oftinger I 479

4d Beweislast

Während bei der Haftung aus unerlaubter Handlung Schaden, Widerrechtlichkeit, Kausalzusammenhang und Verschulden vom Kläger zu beweisen sind, hat im vertraglichen Haftpflichtrecht der Kläger nur zu beweisen, dass der Schaden durch eine Vertragsverletzung zustande gekommen ist.¹

Hingegen ist es Sache des Schuldners zu beweisen, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (OR 97 I)². Im Auftragsverhältnis muss deshalb der Beauftragte den Nachweis erbringen, dass er alle nach den Umständen erforderliche Sorgfalt aufgewendet habe, um einen Schaden der eingetretenen Art zu vermeiden, und dass er auch alle Übrigen aus dem konkreten Mandatsverhältnis fliessenden Pflichten erfüllt habe.³

¹ Oettinger I S. 47 ff

² A. Keller 314

³ Entscheid des Zürcher Obergerichtes in SJZ 76 383f

III Voraussetzungen der vertraglichen Haftung

1 Vertrag

1a Rechtsverhältnis Treuhänder - Klient

1. Sowohl die Sicherungsübereignung als auch die Vermögensverwaltung sind Fälle des fiduziarischen Rechtsgeschäftes.¹ Kennzeichnend ist dabei einmal die Uebertragung² des Eigentums am Treugut vom Fiduzianten oder Dritten auf den Fiduziar. Im Gegensatz zum angelsächsischen Recht nimmt der Treuhänder die Stellung eines rechtmässigen Eigentümers des Treugutes ein; er kann Über dasselbe also rechtsgültig verfügen.³

2. Die Verschaffung des Rechtes wird beim fiduziarischen Rechtsgeschäft mit einer obligatorischen Verfügungsbeschränkung, dem pactum fiduciae, gekoppelt.⁴ "Der Fiduziar kann mehr als er darf"⁵, denn obwohl ein voller Rechtserwerb bezüglich des Treugutes durch den Treuhänder⁶ vorliegt und dieser vom erworbenen Eigentum als von einem absoluten Recht unbeschränkten Gebrauch (innerhalb der Grenzen der Rechtsordnung) machen kann, ist er an die vertragliche Abmachung gebunden, von dieser Rechtsstellung nicht

¹ BÜrgin 108

² Wälli 10; v.Tuhr/Peter 198f

³ Friedrich in ZBJV 91 473; Haab N.23 zu 641; Gautschi SJZ 51 338
Homberger N.20 zu 920; Meier-Hayoz N.10 vor Art 646-654;
v.Tuhr/Peter I 205

⁴ Brunner 17

⁵ Guhl 131; Gubler 250a mit Hinweisen

⁶ BGE 31 II 109

zum Schaden des Fiduzianten Gebrauch zu machen⁷. Das Bundesgericht spricht von einer überschüssenden Rechtsmacht⁸.

3. In der Tat hat der Fiduziant beispielsweise keine Möglichkeit, ein entgegen seinen Anweisungen veräussertes Treugut zu vindizieren⁹; nicht einmal dann, wenn der Erwerber die Treuabrede gekannt hat. In einem derartigen Falle bleibt es allerdings zu überprüfen, ob dem Fiduzianten gegen den Dritten nicht deliktische Ansprüche zustehen, weil letzterer etwa die Treuwidrigkeit der Verfügung kannte und mit dem ungetreuen Fiduziar zusammenarbeitete¹⁰.

Aus diesem Beispiel erhellt die hohe Vertrauensstellung, welche der Fiduziar einnimmt. Missbraucht er das in ihn gesetzte Vertrauen, so steht dem Fiduzianten lediglich eine Schadenersatzklage zu, was ihm aber das Eigentum am verlorengegangenen Treugut nicht wieder verschaffen kann¹¹.

Aus diesem Grunde stellt die Wahl des Treuhänders eine besonders wichtige Entscheidung dar und sollte mit entsprechender Vorsicht getroffen werden, denn die Grundlage eines Treuhandvertrages ist das Vertrauen des Fiduzianten in die Rechtschaffenheit des andern¹².

4. Die Ausgestaltung der Treuhand als indirekte Stellvertretung¹³ (OR 32 II) hat zur Folge, dass nicht der Treugeber, sondern der Fiduziar bei Rechtsgeschäften mit Dritten über das Treugut zur Vertragspartei wird. Der Fiduziar handelt

⁷ 71 II 167, 72 II 67, 72 I 338, 78 II 451, 85 II 99, 91 III 107

⁸ 71 II 99, ebenso Erzer 54, Gubler 251a f, Siebert 104 f, Blass 35

⁹ 39 II 809

¹⁰ vgl. Gautschi, N.10a,h und N.47b zu 398

¹¹ 77 II 366

¹² Staehelin 1

¹³ Guhl 148, Gautschi N.13a zu 394 und in SJZ 54 245; a.M., jedoch ohne Überzeugende Unterscheidungskriterien zw. Treuhand und indir. Stellvertretung: v.Büren II 134, Droin 55 138, Gubler 262a, Wäili 39, BGE 85 II 99

also im eigenen Namen, aber auf Rechnung und Gefahr des Fiduzianten, dessen wirtschaftliche Interessen er zu wahren hat. Aus dieser besonderen Situation ergibt sich die Aufspaltung in juristisches und wirtschaftliches Eigentum am Treugut¹⁴, welcher der angelsächsische Rechtskreis durch Teilung des Eigentumsbegriffes in legal und beneficiary ownership Rechnung trägt.

Der wirtschaftliche Eigentümer tritt Dritten gegenüber nicht auf, sondern bleibt anonym. Daraus resultiert die sog. Verbergungs- oder Verdeckungsfunktion der Treuhand, eine der wichtigsten Motivationen zum Abschluss eines Treuhandvertrags¹⁵.

5. Die Berufung auf das wirtschaftliche Eigentum im Falle eines Missbrauchs der Rechtsstellung des Fiduziars nützt dem Fiduzianten aber nichts¹⁶, wenn er das Treugut von einem Dritten zurückvindizieren will. Andererseits wird diese "Aufspaltung" des Eigentums im Steuerrecht dadurch berücksichtigt, dass das Treugut trotz der Eigentümerstellung des Fiduziars beim Fiduzianten versteuert¹⁷ wird, was allerdings bedingt, dass der Treuhänder den Namen des Fiduzianten preisgibt¹⁸ und dass die übrigen Voraussetzungen eines der Merkblätter der eidgenössischen Steuerverwaltung für die Anerkennung des Treuhandverhältnisses durch den Fiskus erfüllt sind¹⁹.

¹⁴ Gubler 349a ff

¹⁵ Rüede 52, Armann 10, Wälli 20, 21

¹⁶ BGE 39 II 809

¹⁷ BGE 72 I 337

¹⁸ Bianchi 26

¹⁹ vgl. Merkblätter der eidg. Steuerverwaltung S-02.107 und S-02.101

6. Oft wird die Treuhand aber auch zur Vereinfachung der wirtschaftlichen Situation des Treugebers benützt, so bei dessen Landesabwesenheit oder zur Wahrnehmung eines Inkassomandats²⁰. Daneben wird sie auch dazu verwendet, Gesetze, Verträge oder Statuten zu umgehen, wobei der Fiduziar die Aufgabe eines Strohmannes zu erfüllen hat. "Der Strohmann kann fiduziarischer Eigentümer sein, muss dies aber nicht".²¹ Hier stellt sich die Frage nach der rechtlichen Beurteilung solcher Umgehungsgeschäfte hinsichtlich OR 20. Dazu muss die gesamte schweizerische Rechtsordnung berücksichtigt werden²². Findet sich dabei ein Verbot zum Abschluss eines solchen Treuhandvertrages, so ist der Vertrag nichtig mit Wirkung gegenüber jedermann. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu berücksichtigen. Gemäss der Praxis des Bundesgerichts²³ kann der Schuldner die Nichtigkeit auch mit einer Feststellungsklage geltend machen²⁴. Oft kann der zwingende Charakter einer Vorschrift auch nur auf dem Wege der Auslegung gefunden werden²⁵. In jedem Falle muss aber das Verbot um des Vertragsinhaltes willen bestehen²⁶. Ob der Vertrag gegen die guten Sitten verstösst, beurteilt sich nach dem Inhalt, nicht nach den Mitteln, die dem Schuldner für die Erfüllung zur Verfügung stehen²⁷. Grosse Bedeutung fällt ferner den Treuhandverträgen mit

²⁰ BGE 54 II 34; etwa durch stillles Prokuraindossament, vgl. Guhl 795 ff

²¹ BGE 97 IV 216

²² Guhl 64

²³ BGE 45 II 462, 55 II 138

²⁴ Guhl 66

²⁵ BGE 86 II 77

²⁶ BGE 62 II 111

²⁷ BGE 95 II 57

Kreditfunktion²⁸ zu. Häufig zedieren beispielsweise Lieferanten Forderungen (auch künftige) gegen ihre Abnehmer an eine Bank und erhalten dafür einen Zessionskredit²⁹.

7. Stehen auf der einen Seite des Treuhandvertrages mehrere Treuhänder, so erwerben sie am Treugut Gesamteigentum³⁰.

Im zitierten BGE konnte das Treugut nur dadurch dem Zugriff der Konkursmasse des verstorbenen Treuhänders entzogen werden, dass das Bundesgericht die Möglichkeit der Bestellung eines Ersatztreuhänders anerkannte und bei diesem den Eigentumserwerb durch Akkreszenz bejahte. Damit wird aber jenen Fällen nicht genügend Rechnung³¹ getragen, in welchen beim Tod oder der Insolvenz des Fiduziars kein Ersatztreuhänder die Fortdauer des Treuhandverhältnisses garantiert und der Fiduziant Gefahr läuft, das wirtschaftliche Eigentum am Treugut an die Konkursmasse zu verlieren. Der Zugriff der Konkursmasse gemäss 197 SchKG hätte zur Folge, dass die Forderung des Fiduzianten in die letzte Klasse verwiesen würde.³² Im Falle des Auftrags hat der Gesetzgeber diesem unbilligen Ergebnis jedoch in OR 401 einen Riegel vorgeschoben, wonach bewegliche Sachen unter Vorbehalt eines allfälligen Retentionsrechtes, und Forderungen gegen Dritte nach Erfüllung der Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis vom Auftraggeber im Konkurs ausgesondert werden (OR 401 II).³³ Die Beschränkung auf Mobilien vermin-

²⁸ Wälli 17

²⁹ Guhl 238

³⁰ 78 II 452

³¹ Bär 299, Schwartz 319 ff, Strebel 40 ff, Reymond ZSR 1954 161a

³² Wälli 93 ff

³³ folgende Autoren lehnen die Anwendung von OR 401 auf das fiduziarische Rechtsgeschäft ab: Bär 297 ff, Droin SJZ 55 139, Friedrich 471 ff, Gubler 261a f, Wälli 102; ferner Aeby 190ff, Fritzsche II 56 Anm. 83 Jaeger N.4c zu 197

dert allerdings die Wirkung dieser Vorschrift.

Das Innenverhältnis der Treuhanderschaft (pactum fiduciae) hat Auftragscharakter (OR 394 ff)³⁴. Dennoch hat sich das Bundesgericht in seiner Praxis bis 1973³⁵ gegen eine Anwendung von OR 401 auf den Treuhandvertrag gewehrt, im wesentlichen mit der Begründung, dass der Auftrag seiner Natur nach eine kurzfristige, das Treuhandgeschäft dagegen eine langfristige Rechtsbeziehung schaffe und deshalb nicht alle Vorschriften über den Auftrag auf die Treuhanderschaft anwendbar seien. Ferner wurde auch der Begriff eines wirtschaftlichen Eigentums des Fiduzianten am Treugut in Abrede gestellt, um am juristischen Eigentum als an einem absoluten Eigentumsbegriff weiterhin festhalten zu können. Erst 1973³⁶ hat das Bundesgericht seine Praxis in Uebereinstimmung mit der Meinung Gautschi³⁷ geändert und auch dem Fiduzianten die Aussonderungsrechte³⁸ von OR 401 gewährt, dies unter Ablehnung der früher getroffenen Differenzierung zwischen Auftrag und Treuhand³⁹.

8. Das Treuhandgeschäft ist von der Simulation OR 18 zu unterscheiden. Diese zeichnet sich nämlich dadurch aus, dass die Parteien den Wortlaut der Erklärung, nicht aber den Inhalt derselben wollen und dass beide Parteien sich dieses Mangels bewusst waren⁴⁰. Dagegen entspricht der Treuhandvertrag dem Willen beider Parteien: Sowohl das dingliche

³⁴ Guhl 131, Gerstle 46, 52, Wälli 62, Gubler 225a, Armann 38, Gautschi in SJZ 54 251, in ZSR nF 73 531a

³⁵ BGE 39 II 814, 85 II 97

³⁶ BGE 99 II 393

³⁷ Gautschi in SJZ 63 5 ff

³⁸ vgl. dazu Haab N.23 zu 641, Jaeger N.40 zu 197 SchKG, Reichwein SJZ 46 324, Heizmann-Hauser ZBJV 67,101, Schwartz SJZ 62 319 Anm 2

³⁹ BGE 99 II 393 und Beschränkungen in BGE 102 II 106, 102 II 297; weitere Beschränkungen des Aussonderungsrechts bei Nickel-Schweizer 111, Fried-

Rechtsgeschäft⁴¹ als auch der obligatorische Vertragsteil mit Auftragscharakter (pactum fiduciae) sind von den Parteien gewollt.⁴² Das Innenverhältnis eines Treuhandgeschäftes zeichnet sich aus durch die Einwirkungsmacht des Fiduzianten, die Regelung der Rechtszuständigkeit und der Nutzungsbefugnis und die Bestimmung der Rückgabepflichten.⁴³ Pflichten und Rechte jedes Treuhandvertrages ergeben sich aus dem Vertragsverhältnis im konkreten Fall. So ist ein Auftrag auf Verwaltung von Wertschriften beispielsweise eine Verbindung mit Auftragscharakter mit Bestandteilen eines Hinderlegungsvertrages und einer Kommission, also ein gemischtes Rechtsgeschäft⁴⁴.

rich 472, R. Keller 71, v.Büren II 134, Bergmaier 214

⁴⁰ vgl. BGE 56 II 474, 71 II 99, 97 IV 215, Guhl 129 ff, Wälli 31

⁴¹ Gegenstand desselben können alle Übertragbaren Vermögensrechte sein (vgl. Wälli 50 ff und Hinweise)

⁴² Dies im Gegensatz zum simulierten Rechtsgeschäft, welches nichtig ist und bei welchem die Parteien nur den Schein eines Rechtsgeschäftes wollen: Ehrenzeller 2, Engel 162, M.Wolff 94, Aeby 160 f, Wälli 32

⁴³ Gubler 254a ff

⁴⁴ BGE 101 II 123, Gautschi N.2b zu 425

1b Entstehung

Auf die Treuhandverhältnisse finden die Vorschriften des allgemeinen Teils des OR ihre Anwendung bezüglich der Entstehung des Innenverhältnisses. Danach genügt für die Begründung des pactum fiduciae ein formloser Mandatskonsens¹, auch wenn das dadurch verabredete Ausführungsgeschäft selber formbedürftig ist².

Hingegen sind die Formvorschriften über das dazugehörige Verfügungsgeschäft zu beachten, damit der Treuhänder das dingliche Recht daran gültig erwirbt. Insbesondere müssen etwa die Schriftlichkeit bei der Zession (OR 165 I) und beim Erwerb von Namenspapieren, die Besitzübertragung bei Fahrnis (ZGB 714) und die öffentliche Beurkundung mit dem Eintrag im Grundbuch bei Immobilien erfüllt sein³.

Es stellt sich die Frage, ob das pactum fiduciae als Rechtsgrund für die kausale Eigentumsübertragung⁴ genügt. Gautschi bejaht diese Frage mit der Begründung, die Rechtsübertragung sei eine Ausführungsbedingung und der Rechtserwerb durch den Fiduziar eine *conditio sine qua non* für die vertragsmässige Ausführung des konkreten Auftrages⁵.

Das Bundesgericht anerkennt in BGE 72 II 240 die Sicherung als genügende causa für die Eigentumsübertragung mit dem Hinweis auf schutzwürdige Interessen, die weite Verbreitung

¹ Gautschi N.1 zu 395

² vgl. dazu insbesondere Rüede 62

³ zur Uebertragung von beschr. dinglichen Rechten Liver 65 ff, 121 ff

⁴ Seit BGE 55 II 306 wird die Eigentumsübertragung vom BGer als kausales Rechtsgeschäft beurteilt

⁵ Gautschi in SJZ 54 269

der Sicherungsübereignung in der Schweiz und die Eignung der Verschaffung des Eigentums zur Sicherstellung.⁶ Wird aber die Sicherung als genügender Rechtsgrund für die Eigentumsübertragung bei der Sicherungsfiduzia anerkannt, so muss in Analogie dazu die Treuabrede der Verwaltungsfiduzia ebenso als causa für die Uebereignung genügen, denn die Eignung der Eigentumsverschaffung zum Zwecke der Verwaltung muss ausser Zweifel stehen.⁷ Ferner bestehen auch hier schutzwürdige Interessen (z.B. Banken, Dritte etc.); auch sie hat sich in der Schweiz längst eingelebt. In diese Richtung weisen auch BGE 71 II 101 ff und die herrschende Lehre⁸, wenn sie das pactum fiduciae als causa sui generis⁹ für die Zuwendung des fiduziarischen Vermögens vom Fiduziar an den Fiduzianten betrachten.

⁶ Die Sicherungsfunktion wird als "ältestes Motiv der Anwendung der Treuhand" betrachtet, die fiduziarische Sicherungsübereignung als "Urform des Pfandrechts" (Gubler 238a)

⁷ a.M. Gerstle 98 ff, Jäggi ZSR nF 73 537a, Schönle 37 ff

⁸ Armann 35, Bergmaier 70, Blass 136, 140, Gubler 254a, R.Keller 26
Reymond 32, Wälli 28 ff

⁹ Rüede 67 mit Hinweisen

1c Uebernahmeverschulden

Es kann sich während der Dauer eines gültig zustande gekommenen Treuhandverhältnisses herausstellen, dass der Fiduziar seiner Übernommenen Aufgabe nicht gewachsen ist, weil er beispielsweise die zur richtigen Vermögensverwaltung benötigten Kenntnisse und Fähigkeiten gar nicht besitzt oder den erforderlichen Zeitaufwand nicht aufbringen kann. Ähnlich wie etwa im Arbeitsrecht¹ ergibt sich aus dieser Situation ein Uebernahmeverschulden² auf der Seite des Fiduziars. Für einen daraus erwachsenden Schaden haftet er dementsprechend nach allgemeinen Grundsätzen (OR 97 I). Kann der Fiduziant eine Nicht- oder Schlechterfüllung des Auftrags und den dadurch entstandenen Schaden nämlich nachweisen, so kann sich der Fiduziar beim Vorliegen eines Uebernahmeverschuldens nicht mehr von der Haftung befreien. Im Übrigen ist der Fiduziar während dem bestehenden Treuhandverhältnis gehalten, seine Treuepflicht zu erfüllen und seinen Auftraggeber vom Fehlen seiner Kenntnisse oder Fähigkeiten zu unterrichten und allenfalls sein Mandat niederzulegen.³

¹ Rehbinder 51, 64

² Deutsch, Haftungsrecht 280

³ Kann weder eine Weisung eingeholt noch das Mandat ohne Gefährdung des Treugutes niedergelegt werden, so besteht u.E. eine aus der Treuepflicht fließende Verpflichtung, einen Spezialisten beizuziehen. (So auch das BGer in BGE 67 II 23 im Falle des Arztes)

1d Vertragsinhalt

Der Inhalt des Treuhandvertrages¹ bestimmt sich (neben den Bestimmungen des OR über den Auftrag, den Hinterlegungsvertrag und die Kommission) nach den im konkreten Fall getroffenen Vereinbarungen, die nach OR 18 und ZGB 2 (Treu und Glauben) auszulegen sind.

Im Auftragsverhältnis besteht insofern eine Besonderheit, als der Auftraggeber den Vertragsinhalt durch Ausübung seines Weisungsrechts (OR 397 I) konkretisieren kann.² Dieses Recht findet seine Grenze in der Möglichkeit des jederzeit zulässigen Widerrufs- bzw. Kündigungsrechtes der beiden Parteien (OR 404).³ gleichzeitig ist aber in diesem Recht, den Auftrag (allenfalls in Verbindung mit einer Schadenersatzpflicht) zu beenden, eine Erweiterung des Weisungsrechtes zu erblicken.

Die Leistungspflicht des Treuhänders entfällt, wenn sie unerfüllbar geworden ist durch Umstände, die er nicht zu verantworten hat;⁴ ein schon empfangenes Honorar hat er seinem Mandanten zurück zu erstatten (Forderungsgrund: ungerechtfertigte Bereicherung). Dies ergibt sich aus der Bestimmung in OR 119.

¹ Vertrag sui generis: Gubler 254a, E. Wolf 429, Bergmaier 70, Blass 136 R. Keller 25, Ammann 35; vgl. ferner Merz in Erhaltung und Entfaltung 454

² Wälli 68 ff

³ Die Vertrauensbasis im Auftragsrecht, welcher im Treuhandverhältnis eine grundlegende Funktion zukommt, macht die Einzigartigkeit des Widerrufs- bzw. Kündigungsrechtes im Auftrag verständlich; dieses Auflösungsrecht ist deshalb zwingend und unverzichtbar (vgl. BGE 59 II 261, 57 II 190)

⁴ BGE 57 II 534, 69 II 100

1e Wirkungen

Haftungsansprüche aus Vertrag gegen den Treuhänder setzen eine Vertragsverletzung¹ voraus; sie besteht regelmässig in der Verletzung von Rechten und Pflichten durch die Parteien. Das Innenverhältnis (pactum fiduciae) gibt Aufschluss darüber, welche Pflichten den Beteiligten auferlegt werden und welche Rechte ihnen zustehen². Sowohl die Rechte als auch die Pflichten sind rein obligatorischer Natur,³ und der Fiduziant geniesst keinerlei dingliche Rechte mehr am Treugut⁴.

A Pflichten des Fiduziars

Die Pflichten des Fiduziars können eingeteilt werden in solche, welche die Besorgung oder Ausführung des konkreten Auftrags betreffen und andere, über den Auftragsumfang hinausgehende Pflichten, welche aus der Treuepflicht abgeleitet werden können.

¹ s. unten S. 118, oben S.22

² Der Umstand, dass das Bundesgericht auch Geschäfte per interpositam personam anerkennt, deutet auf die Vielfalt der tolerierten Treuhandvarianten (vgl. etwa BGE 72 II 73 und 85 II 99)

³ Gubler S. 254a ff

⁴ In BGE 31 II 109 spricht sich das Bundesgericht erstmals über die seither angewendete Vollrechtstheorie aus, wonach der Fiduziar das volle Recht am Übertragenen Treugut erwirbt.

aa Pflicht zu persönlicher Ausführung

1. Der Beauftragte hat im allgemeinen das Geschäft persönlich zu besorgen (OR 398 III), und der Auftraggeber braucht sich die Besorgung durch einen Ersatzmann in der Regel nicht gefallen¹ zu lassen.² Es bestehen allerdings einige wichtige Ausnahmen zu dieser Regel: wird der Beauftragte durch besondere Umstände genötigt, oder ermächtigt ihn der Auftraggeber dazu, so ist eine Uebertragung des Geschäftes auf Dritte zulässig (OR 398 III); ebenso muss der Mandant sich die Auftragssubstitution dann gefallen lassen, wenn dies der Uebung entspricht.³ So wird der Treuhänder die Ausführung eines dringenden Geschäftes ohne weiteres auf einen Substituten übertragen dürfen, wenn er selber beispielsweise infolge plötzlicher Arbeitsunfähigkeit (Krankheit, Unfall etc.) die Besorgung nicht selber vornehmen kann und der Auftraggeber zu diesem Zeitpunkt unerreichbar ist. Schwierigkeiten bietet in diesem Zusammenhang die Auslegung der Übungsmässigen Zulässigkeit der Uebertragung auf einen Substituten. Die arbeitsteilige moderne Wirtschaft neigt immer mehr dazu, eine gestellte Aufgabe beispielsweise nach Schwierigkeitsgrad, Verantwortung, Arbeitsintensität und ähnlichen Kriterien aufzuspalten und auf dafür besonders geeignete Spezialisten zu übertragen.

¹ Dem Fiduzianten dürfen aus der Substitution oder aus der Uebertragung an Hilfspersonen insbesondere keine Nachteile erwachsen (vgl. BGE 92 II 19)

² R.Keller 64

³ Guhl 433

Von dieser Entwicklung ist auch das Auftragsrecht betroffen; man denke etwa an die immer weitergreifende Spezialisierung in den Medizinalberufen oder an die nun auch die ganze Schweiz mehr und mehr erfassende Spezialisierungswelle bei den Rechtsanwälten nach angelsächsischem Vorbild. So Überträgt etwa eine als Vermögensverwalterin bestellte Bank ihren Auftrag teilweise an einen Treuhänder ihrer Wahl, von dem sie aus ständiger Zusammenarbeit weiss, dass er als Spezialist auf seinem Gebiet genügende Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt, um das Geschäft auftragskonform besorgen zu können. Eine derartige Substitution darf als üblich und daher gemäss OR 398 III als zulässig betrachtet werden.⁴ Ein weiterer Fall einer zulässigen Substitution liegt dann vor, wenn der Treuhänder eine ihm aufgetragene Vermögensverwaltung an einen seiner Partner im gleichen Büro überträgt.⁵ Auch hier liegt echte Substitution vor; der Partner steht in einem Auftragsverhältnis⁶ zum Erstbeauftragten und amtiert gegenüber dem Hauptauftraggeber als Geschäftsführer ohne Auftrag (OR 419 ff).⁷ Der Uebung entsprechend und somit erlaubt ist die Substitution dann, wenn der Auftraggeber sich nicht grundsätzlich gegen eine Uebertragung ausspricht, der Substitut genügende Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt (er muss auch im Besitz eines für die betreffende Tätigkeit vorgeschriebenen Fähigkeitsausweises

⁴ Hier ist anzunehmen, dass der Fiduziant stillschweigende Zustimmung zur Ausführung durch einen Substituten erteilt, denn bei der Beauftragung einer Bank als juristischer Person kommt es dem Fiduzianten naturgemäss nicht mehr so sehr auf persönliche Eigenschaften des Fiduziars an (vgl. auch BGE 78 II 454)

⁵ Insbesondere dann, wenn der Fiduziant nicht ausdrücklich die persönliche Ausführung durch einen bestimmten Partner verlangte

⁶ Bächler 50

⁷ vgl unten S. 145 ff

sein) und die Substitution in gleichen oder ähnlichen Fällen auch praktiziert wird, die Uebertragung üblich ist. Verfügt der Substitut nicht über die erforderlichen Ausweise wie öffentliches Fähigkeitszeugnis oder Zulassungsbewilligung, so verletzt der Hauptbeauftragte seine Sorgfaltspflicht (OR 398 II). Der Substitut haftet dagegen für die aus seiner Auftragsbesorgung entstandenen Schäden aus unerlaubter Handlung (OR 41 ff)⁸.

2. Ist eine Substitution aus den in OR 398 III abschliessend aufgezählten Gründen erlaubt, so haftet der Hauptbeauftragte dem Hauptauftraggeber nur bezüglich der Wahl eines Substituten und hinsichtlich sorgfältiger Instruktion desselben⁹ (OR 399 II). Eine Ueberwachung des Substituten durch den Hauptbeauftragten ist nur dann unabdingbar, wenn der Hauptauftraggeber diese Ueberwachung zur ausdrücklichen Bedingung der Substitution macht¹⁰. Die Missachtung einer solcherart angeordneten Ueberwachungspflicht ist aber in jenen Fällen entschuldbar, wo die Substitution auf einer Nötigung durch die Umstände beruht¹¹.
3. Keine Substitution im Sinne von 398 III liegt vor, wenn der Ersatzmann in einem Dienstverhältnis zum Hauptbeauftragten steht. Für Schädigungen, welche ein solcher Ersatzmann dem Hauptauftraggeber zufügt, haftet der hauptbeauftragte Fiduziar aus OR 101; wurde durch die Verrichtungen

⁸ Gautschi N.42c zu 398

⁹ Bächler 58 ff

¹⁰ Gautschi N7c zu 399

¹¹ BGE 78 II 446 ff

ein Dritter geschädigt, kommt OR 55 zur Anwendung. So ist ein Bankangestellter normalerweise nicht als Substitut seiner Bank, sondern als ihre Hilfsperson, gegebenenfalls als ihr Organ, einzustufen¹². Die strengen Massstäbe bei der Geschäftsherrenhaftung lassen sich dadurch rechtfertigen, dass derjenige, welcher seinen Tätigkeitsbereich durch die Verpflichtung von Hilfspersonen erweitert statt selber zu handeln, auch die Folgen fehlerhaften Verhaltens solcher Hilfspersonen auf sich zu nehmen hat, wenn die Haftung nicht schon zum voraus beschränkt oder aufgehoben wurde (OR 101 II)¹³.

Denkbar ist auch eine Schädigung durch die Hilfsperson eines befugten Substituten. Da zwischen dem Geschädigten und dem Substituten keine vertragliche Beziehung besteht¹⁴, haftet der Substitut für seine Hilfspersonen nach OR 55 und kann sich durch den Nachweis von seiner Haftung befreien, dass er genügende Sorgfalt bei der Wahl, Instruktion und Ueberwachung aufgewendet hat.

War der Beauftragte nicht zur Substitution befugt und überträgt er die Aufgabe einem Dritten, so ist er zwar dazu berechtigt wie jeder andere Schuldner (OR 68), sofern es nicht auf seine Persönlichkeit bei der Erbringung der Leistung ankommt, aber er tut dies auf sein eigenes Risiko, denn nun haftet er nach der strengen Regelung von OR 101 I

¹² Gautschi N. 40c zu 398

¹³ BGE 90 I 53

¹⁴ Der Substitutionsvertrag besteht nur zwischen dem Substitut und dem Hauptbeauftragten

für die Handlungen dieses Dritten, wie wenn es seine eigenen wären¹⁵.

4. An dieser Stelle ergibt sich die Frage nach dem Umfang einer solchen Haftung, denn der Beauftragte schuldet ja im allgemeinen nicht einen Erfolg, sondern nur die sorgfältige Ausführung des übernommenen Auftrags.¹⁶ Das Mass der aufzuwendenden Sorgfalt richtet sich dabei nach den Kenntnissen und Fähigkeiten des Beauftragten. Dieses Sorgfaltsmass hat aber auch der unbefugte Substitut einzuhalten. Die Verletzung der Sorgfaltspflicht durch einen unbefugten Substituten wie etwa eine unsichere, allzu risikoreiche Anlage des Treugutes ist an den Fähigkeiten und Kenntnissen des Hauptbeauftragten zu messen und nicht an denjenigen des Substituten¹⁷.
5. Eine etwas ungewöhnlich erscheinende Regel findet sich in QR 399 III, wonach sowohl bei erlaubter als auch bei unerlaubter Substitution der Auftraggeber die Ansprüche, welche dem Beauftragten gegen den Substituten zustehen, unmittelbar gegen diesen geltend machen kann. Ungewöhnlich deshalb, weil den Auftraggeber mit dem Substituten nur eine ähnliche oder gemeinsame Interessenlage, nicht aber ein Vertrag verbindet. Unter Zuhilfenahme des römischen Rechts findet Gautschi¹⁸ hiefür eine treffende Erklärung, indem er die Substitution als den Sonderfall eines Vertrages zugun-

¹⁵ s. unten S.134 ff

¹⁶ Wälli 64

¹⁷ Gautschi N2b zu 399

¹⁸ Gautschi N.10a zu 399

sten Dritter' gemäss OR 112 ff betrachtet. Demgemäss kann der Dritte (hier der Hauptauftraggeber) selbständig neben dem Hauptbeauftragten die Erfüllung fordern, ohne jedoch gegenüber dem Substituten eine vertragliche Verpflichtung zu übernehmen.

Allerdings kann natürlich auch im Falle der Substitution die vertragslose Geschäftsbesorgung vom Hauptauftraggeber genehmigt werden, wodurch auf das Rechtsverhältnis ¹⁹ zwischen ihm und dem Substituten die Regeln über den Auftrag zur Anwendung kommen.²⁰

¹⁹ Gautschi N.41b zu 398

²⁰ OR 424

bb Sorgfaltspflicht

1. Der Beauftragte haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des von ihm übertragenen Geschäftes (OR 398 II). Das Mass der aufzuwendenden Sorgfalt entspricht demjenigen des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag (OR 398 I; 321a)¹. Aufgabe des Treuhänders ist es, das Treugut so zu verwalten, dass es in seinem Bestande erhalten und wenn möglich vermehrt wird². Wird dieser Erfolg aber nicht erreicht, so ist damit noch nicht unbedingt eine Verletzung der Sorgfaltspflicht eingetreten³, denn im allgemeinen haftet der Beauftragte nicht für den Erfolg⁴ sondern nur für eine sorgfältige Besorgung des Auftrags. Eine Sorgfaltsverletzung ist erst dann gegeben, wenn der Misserfolg durch die Verletzung von aus dem erteilten Auftrag fliessenden Sorgfaltspflichten zustande gekommen ist.
2. Die Sorgfaltspflicht bezieht sich im Gegensatz etwa zur Treupflicht nur auf die Ausführungshandlungen des Beauftragten; ihr Inhalt ergibt sich aus der Natur des einzelnen Treuhandvertrages. So hat der deutsche Bundesgerichtshof in seinem Entscheid BB 1969, 1154 eine Pflicht des Fiduziars verneint, die Geschäftsführung einer GmbH zu überwachen, an der er einen Anteil als Strohmann im Auftrag eines anonym bleibenden Dritten hielt. Die Sorgfaltspflicht

¹ Es wird aber für die Treuhand oft ein strengerer Massstab verlangt als für das Arbeitsverhältnis (vgl. etwa Guhl 432, Peyer 62)

² Gautschi N.45b zu 398

³ Gautschi N.77b zu 395, N.21c zu 398

⁴ Wälili 64

des Strohmannes war mit dem Erwerb des Anteils eben erfüllt, eine weitergehende Pflicht als das Innehalten dieses Anteils im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Dritten war nicht vereinbart und liess sich auch nicht aus der Sorgfaltspflicht des Fiduziars ableiten.

Die vom Fiduziar bei der Ausführung des Übertragenen Geschäftes zu beachtende Sorgfalt⁵ richtet sich nach dem Können des Beauftragten,⁶ welches normalerweise zum gewünschten Erfolg führt. Dazu gehören die Kenntnisse und Fähigkeiten sowie die Art des Vorgehens bei der Geschäftsbesorgung.

Man unterscheidet zwischen objektiver und subjektiver Sorgfaltspflicht.⁷ Art und Schwierigkeit der aufgetragenen Arbeit, die Fähigkeiten und der Bildungsgrad, welche dazu vorausgesetzt werden, fallen unter die objektive Sorgfaltspflicht. An die Vertreter eines freien Berufes, welche ihre Dienstleistungen im Auftragsverhältnis erbringen und über eine spezielle Ausbildung verfügen, müssen besondere Anforderungen gestellt werden.⁸ Diesem Umstand wird oft durch die Einführung eines Fähigkeitsausweises oder einer Bewilligungspflicht Rechnung getragen, so in erster Linie bei Ärzten und Rechtsanwälten.

Gemäss OR 99 II wird das Mass der Haftung dann milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vor-

⁵ Solange der Fiduziar einen vertretbaren Rahmen bei der Anlage des Treugutes in spekulativen Wertpapieren nicht überschreitet, handelt er nicht unsorgfältig (BGE 101 II 123)

⁶ Wälili 64

⁷ Rüegg 115, Gautschi N.22a zu 398, Wälili 65

⁸ Guhl 433 f

teil bezweckt, wie dies etwa beim unentgeltlichen Auftrag der Fall ist. Diese Regel ist aber beim Auftrag mit Vorsicht anzuwenden⁹ und darf insbesondere nicht mit einer Herabsetzung der Anforderungen an die Sorgfaltspflicht verwechselt werden.

Die subjektive Seite der Sorgfaltspflicht richtet sich dagegen nach den persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen des Beauftragten im konkreten Falle. Sache des Auftraggebers ist es, diese Eigenschaften bei der Wahl seines Fiduziars zu untersuchen. Erkannte er das Fehlen solcher Eigenschaften nicht und hätte er dies bei genügender Vorsicht auch nicht erkennen können, so richtet sich das Mass, nach dem die vom Fiduziar aufzuwendende Sorgfalt zu beurteilen ist, nach der objektiven Sorgfaltspflicht. Dies ergibt sich aus der schon erwähnten¹⁰ Ueberlegung, dass den Treuhänder, der eine Vermögensverwaltung oder andere fiduziarische Aufgaben zu übernehmen verspricht, ohne die zur Geschäftsbesorgung erforderlichen Kenntnisse oder Fähigkeiten zu besitzen, ein sogenanntes Uebernahmeverschulden trifft, für das er nach allgemeinen Grundsätzen (OR 97ff) haftet.

Der Treuhänder muss einer objektivierten Sorgfaltspflicht genügen; eine Sorgfalt, wie er sie in eigenen Angelegenheiten anwenden würde, reicht dazu nicht aus¹¹. Insbesondere

⁹ BGE 60 II 233, SemJud 1962, 288, Guhl 433

¹⁰ s. oben S. 35

¹¹ Oser/Schönenberger N.1 zu 398, Gautschi N22a zu 398

re kann er sich nicht etwa unter Berufung auf einen ungenügenden Bildungsstand von der Haftung befreien, wenn er anvertrautes Geld offensichtlich in allzu riskante Geschäfte gesteckt und damit den Treugeber geschädigt hat. Hingegen kann dem Treuhänder daraus kein Vorwurf erwachsen, dass er das Geld gemäss einer unzweckmässigen Weisung schlecht anlegte, weil der Treugeber trotz des erfolgten Hinweises des Treuhänders auf die Unzweckmässigkeit der Weisung auf deren Befolgung beharrte. Hier muss allerdings darauf hingewiesen werden, dass es in schwerwiegenden Fällen als Pflicht des Treuhänders zu betrachten sein wird, das Mandat niederzulegen, wenn der Auftraggeber trotz erfolgtem Hinweis auf die Unzweckmässigkeit der Weisung ihre Ausführung verlangt und das Treugut durch die Beachtung dieser Anordnung in ernste Gefahr kommen würde¹².

4. Gemäss OR 100 II kann die Haftung für leichtes Verschulden im voraus vertraglich wegbedungen werden. Ist eine derartige Haftungsbeschränkung aber auch im Treuhandrecht zulässig, wenn eine Verletzung der dem Fiduziar obliegenden Sorgfaltspflicht zur Schädigung des Fiduzianten führt? Verschiedene Autoren¹³ bejahen diese Frage, andere¹⁴ verneinen sie ganz oder teilweise. Eine Wegbedingung der Haftung dürfte generell dann unzulässig bzw. ungültig sein, wenn der Auftrag einem qualifizierten

¹² Guhl 433

¹³ Kleiner 12, Becker N.2 zu 398, Oser/Schönenberger N.7 zu 328

¹⁴ Scheidegger 75, Rüegg 117, Gautschi N.27d zu 395

Fachmann übergeben wurde und es dem Auftraggeber gerade darauf ankam, dass die Besorgung von jemandem ausgeführt werde, dessen Kenntnisse und Fähigkeiten das Risiko eines Misserfolges auf ein Minimum beschränken würden.¹⁵ Eine gewisse Gewähr für das Vorhandensein qualifizierter Eigenschaften lässt sich bei den Vertretern jener Berufsstände geben, deren Berufsausübung von einem Fähigkeitsausweis mit hohen Prüfungsanforderungen abhängt, wie etwa bei Aerzten und Rechtsanwälten. Beim Treuhänder ist dies jedoch nicht immer der Fall,¹⁶ obwohl auch ihm oft grosse Vermögenswerte übertragen werden mit der Ueberlegung, dass er das in ihn gesetzte Vertrauen rechtfertige und alles in seinen Kräften stehende zur Erhaltung und Mehrung des Vermögens tun werde.¹⁷ Obschon die heutigen Möglichkeiten im Bereich der Vermögensanlage fast unbegrenzt sind und der Erfolg einer Vermögensanlage in hohem Masse von der Ausbildung des Anlegers abhängt, besteht vorläufig kein Zwang zur Ablegung eines Fähigkeitsausweises für die Ausübung des Berufes eines fiduziarischen Vermögensverwalters.

5. Gautschi¹⁸ verlangt die Unabdingbarkeit der gesetzlichen Sorgfaltshaftung für sämtliche Auftragsarten und begründet seine Forderung damit, dass das gesetzliche Mass¹⁹ der Sorgfalt ein Essentiale der Auftragsausführung darstelle. Er erhebt dieses gesetzliche Mass der Sorgfalt zu zwingen-

¹⁵ Schranken des Haftungsausschlusses ergeben sich aus der öffentlichen Ordnung, dem Gebot der guten Sitten und dem Recht der Persönlichkeit. (vgl. Neuenchwander S. 101)

¹⁶ vgl. aber unten S. 152

¹⁷ Ueber die unterschiedlichen an den Fiduziar gestellten Anforderungen vgl. Liebich S. 137

¹⁸ Gautschi N.25a zu zu 398

¹⁹ "une certaine diligence" (BGE 83 II 529)

dem Recht, was eine vertragliche Wegbedingung der Haftung für leichtes Verschulden gemäss OR 100 II ausschliessen würde.²⁰ Dieser Auffassung kann aber nur in beschränktem Masse Folge geleistet werden.²¹ So muss mit Gautschi die Wegbedingung der Haftung für leichtes Verschulden da als ungültig betrachtet werden, wo das öffentliche Interesse²² an der unbeschränkten Sorgfaltshaftung auch wirklich "eminent"²³ ist. Entsprechend wird ein Arzt oder Rechtsanwalt eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit nicht gültig wegbedingen können. In diesen Fällen, wo der Auftraggeber seinem Beauftragten oft auf Gedeih und Verderben ausgeliefert ist und der Mandant selber in der Regel nicht einmal imstande ist, die Qualität der Auftragsausführung zu überprüfen, besteht tatsächlich ein enormes öffentliches Interesse an der Unabdingbarkeit der Sorgfaltshaftung des Beauftragten. Wo jedoch das öffentliche Interesse ein geringeres Ausmass annimmt und es nicht mehr als Aufgabe des Staates betrachtet werden kann zu überprüfen, ob der Beauftragte die benötigten Eigenschaften zur Ausübung seines Berufes besitzt, muss die konkurrierende Vertragsfreiheit berücksichtigt werden und die Haftung für leichtes Verschulden auch im Auftragsrecht gültig wegbedingbar sein.²⁴ Obschon ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis auch bei der Treuhand vorhanden ist und zur Besorgung der meisten fiduziarischen

²⁰ ebenso Rüegg S. 117

²¹ Kleiner 12 Anm. 14

²² Neuenschwander begründet dies mit den guten Sitten (S. 103)

²³ Gautschi N.72c zu 395

²⁴ vgl. ABG der SBG Ziff. 5 und Depotreglement Ziff. 9 (Anhang)

Rechtsgeschäfte besondere Kenntnisse und Fähigkeiten notwendig sind, erreicht das öffentliche Interesse hier nicht dasselbe Ausmass wie beispielsweise im Falle des Arztes oder Anwalts. Deren Position gegenüber ihrem Mandanten ist nämlich eine wesentlich stärkere als diejenige des Fiduziars gegenüber seinem Fiduzianten, so dass es sich in jenen Fällen aufdrängt, eine allenfalls noch erzwungene Zustimmung des Mandanten zur Wegbedingung der Haftung für leichtes Verschulden als ungültig zu erklären. Hingegen fehlt eine derartig ungleiche Position der Parteien beim Treuhandvertrag, welche eine Ungültigerklärung der vertraglichen Wegbedingung der Haftung im Namen des öffentlichen Interesses verlangen würde. Haben sich die Parteien in gegenseitigen übereinstimmenden Willensäusserungen über die Wegbedingung der Haftung für leichtes Verschulden gemäss OR 100 II geeinigt,²⁵ so ist diese Abmachung zu respektieren.²⁶

Im Übrigen wird sich der Fiduziant in einem solchen Falle für sein Entgegenkommen irgendwelche Vorteile wie etwa ein tieferes Honorar oder ähnliches einzuhandeln wissen, was sich mit der Berufsethik eines Arztes oder Rechtsanwalts bestimmt nicht vereinbaren liesse.

²⁵ Für eine Beschränkung der Sorgfaltspflicht im Sinne von OR 100 f treten folgende Autoren ein: Becker N.2 zu 398, Oser/Schönenberger N.7 zu 328, Reymond 42

²⁶ Die Ansicht Gautschi's wurde vom Bundesgericht in einem unveröffentlichten Entscheid verworfen: vgl. Okcuoglu gegen SBG vom 25.10.1960

cc Befolgungspflicht

1. Der Treuhänder hat den ihm erteilten Auftrag im Sinne der darin enthaltenen Direktiven¹ zu erfüllen. Diese verpflichten ihn, die Interessen seines Fiduzianten getreu dessen Willen zu wahren und das Geschäft mit der erforderlichen Sorgfalt zu besorgen und im Übrigen jede Bedrohung des Treugutes nach Möglichkeit zu verhindern bzw. abzuwenden. Diese Richtlinien hat der Fiduziar bei allen seinen Verfügungen und anderweitigen Besorgungen im Auge zu behalten.

Darüber hinaus besteht aber auch eine Pflicht, noch nach dem erfolgten Vertragsschluss und während der gesamten Vertragsdauer² Weisungen³ des Fiduzianten entgegenzunehmen und zu befolgen⁴, welche sich auf die Art und Weise der Erfüllung der Ausführungsobligation⁵ beziehen und deren Aufgabe in der weiteren Konkretisierung des auszuführenden Auftrags liegt. Geht aber eine solche Weisung über den Rahmen des vereinbarten Vertragsinhaltes hinaus, so ist darin nicht eine Weisung, sondern eine Offerte für einen neuen Vertrag zu erblicken, wobei dieser Antrag allerdings auch stillschweigend angenommen werden kann (OR 6). Aus der Feststellung, dass eine Weisung einerseits den schon bestimmten Vertragsinhalt zu konkretisieren hat, andererseits aber nur inner-

¹ Gautschi N.2b zu 397

² Blass 164

³ Maday in SJK 732 I A 1

⁴ R.Keller 63, Gerstle 50, Yung 147

⁵ R.Keller 47

halb des jeweiligen Auftragsrahmens Wirkungen zeitigen kann, lässt sich der Schluss ziehen, dass eine Weisung jeweils eine Begrenzung des Mandats darstellt⁶.

2. Der beauftragte Fiduziar ist an die einseitige Weisung immer gebunden;⁷ eine besondere Annahme ist daher nicht erforderlich, um die Wirkungen einer Weisung auszulösen. Man kann in diesem Umstand eine Abweichung vom allgemeinen Vertragsrecht⁸ erblicken. Allerdings wird dieser Besonderheit des Auftragsrechtes dadurch genügend Rechnung getragen, dass dem Fiduziar das jederzeitige Kündigungsrecht von OR 404 zur Verfügung steht, falls ihm einmal eine erteilte Weisung ein Weiterbestehen des Auftragsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lassen sollte. Eine weitere Abweichung vom allgemeinen Vertragsrecht liegt darin begründet, dass sie im Gegensatz zur Offerte (OR 9) auch noch nach dem Eintreffen beim Fiduziar bis zu ihrer Ausführung widerrufen werden kann. Dies deshalb, weil der Fiduziar, der eine Weisung trotz erfolgtem Widerruf ausführt, nicht mehr gemäss dem Willen des Fiduzianten handelt.
3. Nicht nur ausdrückliche Weisungen sind zu befolgen, sondern der Fiduziar hat ganz allgemein so zu handeln, dass etwa beim Vorliegen veränderter Verhältnisse der mutmassliche Wille⁹ des Fiduzianten die noch nicht erteilte oder den neu-

⁶ Gautschi N.3b zu 397

⁷ Im Falle der Sicherungsübereignung besteht jedoch nur ein sehr beschränkter Bereich zur Erteilung von Weisungen zur Verfügung (vgl. dazu R.Keller 64)

⁸ Gautschi N.2b zu 397

⁹ Guhl 433

en Umständen ungenügend Rechnung tragende Weisung zu ersetzen bzw. zu ergänzen hat.¹⁰ Dies ergibt sich aus den Sorgfalts- und Treuepflichten, welche für die Geschäftsbesorgung als oberste Richtlinien gelten. Bei nicht klar erkennbarem mutmasslichem Willen des Fiduzianten oder beim Vorliegen einer ungenügend bestimmten Weisung besteht ferner die Pflicht des Fiduziars,¹¹ vom Fiduzianten weitere ergänzende Weisungen zu verlangen (OR 397 I).

4. Das Recht des Fiduzianten, während dem bestehenden Treuhandverhältnis Weisungen zu erteilen,¹² beinhaltet sowohl Vor- als auch Nachteile: einerseits dienen die Weisungen dazu, auch noch nach dem Beginn der Ausführungshandlungen den genauen Vertragswillen zu modifizieren und im Übrigen das Vorgehen des Fiduziars zu kontrollieren; andererseits wird der Fiduziar in der Freiheit seiner Vertragserfüllung eingeschränkt.¹³ Es stellt sich deshalb die Frage, ob ein im voraus erklärter Verzicht auf das Weisungsrecht durch den Fiduzianten zulässig ist. Gautschi¹⁴ verneint dies ausdrücklich mit dem Hinweis auf ZGB 27 und den zwingenden Charakter von OR 404.¹⁵ Diese Hinweise können jedoch zur Klärung der Frage nicht herangezogen werden, denn durch einen im voraus erklärten Verzicht auf das Weisungsrecht wird das Recht des einseitigen Widerrufs oder der Kündigung des Auftrags selber in keiner Weise tangiert. Ebenso liegt

¹⁰ Guhl 433

¹¹ Rüegg 109

¹² R.Keller 64

¹³ Rüegg 108

¹⁴ Gautschi N.5a zu 397; bejahend Wälli 69, Peter 47

¹⁵ BGE 104 II 111

ein Verstoss gegen ZGB 27 durch die Vereinbarung eines derartigen Verzichts nicht vor.

5. Im vorzeitigen Verzicht darauf, einmal gegebene Ausführungsvorschriften später durch Weisungen zu konkretisieren, ist in keiner Weise ein unzulässiger Verzicht auf die Handlungsfähigkeit oder -freiheit zu erblicken. Es liegt keine besondere Machtstellung des Fiduziars vor; auch verpflichtet sich ja der Fiduziar nicht etwa lebenslänglich, sondern nur bis zu dem jederzeit möglichen Widerruf oder bis zur Kündigung des Auftragsverhältnisses. Nicht jede vertragliche Beschränkung der persönlichen Freiheit verstösst gegen ZGB 27¹⁶; dies schon gar nicht, wenn der Verpflichtete sich wie im Falle des Auftrags jederzeit durch Widerruf oder Kündigung (OR 404) von der vertraglichen Beschränkung befreien kann.¹⁷ Die von Gautschi¹⁸ angeführten Entscheide unterstützen zwar den zwingenden Charakter von OR 404, beziehen sich aber in keiner Weise auf das Weisungsrecht, sondern nur auf das Widerrufs- bzw. Kündigungsrecht und deren Unverzichtbarkeit im Auftragsrecht. Der Widerruf bzw. die Kündigung können aber nicht als *maius* im Verhältnis zum *minus* des Weisungsrechtes bezeichnet werden. Der Sinn des Widerrufsrechtes liegt nämlich in der jederzeit möglichen Beendigung¹⁹ eines in erster Linie auf dem gegenseitigen Vertrauen der Parteien basierenden Rechtsverhält-

¹⁶ Hafter N.1 ff zu 27

¹⁷ Das Recht der Persönlichkeit wird verletzt, wenn die vertragliche Beschränkung zum Exzess führt und etwa die wirtschaftliche Existenz des Verpflichteten in Frage stellt (vgl. BGE 53 II 329, 69 II 290, 75 II 114)

¹⁸ BGE 57 II 190, 59 II 261, 65 II 164, 81 II 231

¹⁹ Maday in SJK 733 II C IV; vgl. zur Beendigung Gauch 25 ff

nisses. Gerade dieses hohe Vertrauen, welches die Parteien verbinden muss, rechtfertigt, ja erfordert die Konstruktion einer solchen Notbremse im Mandatsrecht, denn ist das Vertrauen in die Gegenpartei nicht mehr gewährleistet oder durch irgendwelche, das Mandat nicht direkt berührende Vorkommnisse erschüttert, so muss eine Fortdauer dieser Rechtsbeziehung als unzumutbar erscheinen. Dem kann nur mit dem Recht auf einen jederzeit möglichen Widerruf bzw. auf eine jederzeit mögliche Kündigung abgeholfen werden, einem Recht, auf welches deshalb nicht gültig verzichtet werden kann.²⁰

Dagegen liegt die ratio legis der Weisungsbefugnis darin begründet, dass ein schon bestehendes Auftragsverhältnis beispielsweise neu eingetretenen Umständen angepasst werden können soll oder dass der Fiduziant beim Vorliegen entsprechender eigener Kenntnisse dem Fiduziar mit der Erteilung zweckmässiger Weisungen die Geschäftsbesorgung auf eine näher bestimmte Art und Weise vorschreiben können soll.²¹ Niemals aber ist eine Weisung dazu geeignet, ein einmal erschüttertes Vertrauen in den Vertragspartner wieder herzustellen. Wenn auch eine gewisse Ähnlichkeit in den Wirkungen von Widerruf bzw. Kündigung (Beendigung der bestehenden Rechtsbeziehung) und Weisung (Begrenzung des Inhalts bzw. des Rahmens der Ausführungsobligation) bejaht

²⁰ In gewissen Fällen wird der Fiduziant für die harten Folgen (BGE 55 II 183) des Widerrufs ersatzpflichtig; dies nicht nur bei einem Widerruf zur Unzeit, sondern auch beim Vorliegen von Billigkeitsgründen (BGE 83 II 225)

²¹ In welchem Mass der Fiduziar an die Weisungen gebunden ist, muss durch Auslegung des fiduziarischen Vertrages gefunden werden (BGE 85 II 99).

werden kann, so ist doch der Sinn dieser beiden Vorschriften ein gänzlich verschiedener, so dass das Verbot eines vorzeitigen Verzichts auf das Widerrufs- bzw. Kündigungsrecht nicht auch für einen vorzeitigen Verzicht auf das Weisungsrecht Geltung erlangen kann. Den unerwünschten oder unbedachten Folgen eines gültigen Verzichts auf die Weisungsbefugnis kann der Auftraggeber im Übrigen ja jederzeit durch den Widerruf des erteilten Auftrags entgegen-treten.²²

Ein Verzicht auf die Weisungsbefugnis durch den Fiduzianten kann sich in der Praxis beispielsweise dann aufdrängen, wenn bei einem Vermögensverwaltungsauftrag der Fiduziant sich durch diese Massnahme dagegen absichern will, dass ein unberechtigter Dritter eine lange Abwesenheit des Fiduzianten ausnützt und Weisungen erteilt, indem er sich als echter Fiduziant²³ ausgibt.

6. In der Aenderung einer Weisung ist ein Widerruf derselben und die Erteilung einer neuen Weisung zu erblicken.²⁴ Die erteilte Weisung kann deshalb bis zu ihrer Ausführung noch geändert werden.
7. Aus dem Umstand, dass der Fiduziar dingliche Rechte am Treugut besitzt und dem Fiduzianten nur obligatorisch²⁵ verpflichtet ist, ergibt sich die Unklagbarkeit diesbezüglicher Ausführungsvorschriften²⁶. Wird das Treugut beispielsweise

²² Wälli 68

²³ Wälli 48,69

²⁴ Gautschi N.6b zu 397

²⁵ denn der Fiduziar ist voller Rechtsträger (R.Keller 48)

²⁶ Gautschi N.9a zu 397

entgegen der ausdrücklichen Vorschrift des Fiduzianten veräussert, so steht ihm gegen den Fiduziar lediglich eine Schadenersatzklage zur Verfügung²⁷. Ist allerdings die unrechtmässige Verfügung noch nicht erfolgt, so besteht in solchen Fällen die Möglichkeit, die das Veräusserungsverbot betreffende Weisung indirekt durchzusetzen, indem etwa vorsorgliche Massnahmen im Befehlsverfahren erwirkt werden²⁸, welche den Fiduziar an einer ungewollten Verfügung über das Treugut hindern²⁹.

8. Ein Dritter kann sich auf die erteilte Weisung nicht berufen, denn das Auftragsverhältnis besteht ja nur zwischen Fiduziar und Fiduziant³⁰. Eine Ausnahme von dieser Regel ergibt sich bei einem Auftrag zugunsten eines Dritten. Gemäss OR 112 II kann der Drittoegünstigte selbständig Erfüllung fordern; bei einer Weisungsverletzung ist er daher auch befugt, daraus Schadenersatzansprüche herzuleiten. Eine Weisung, welche gegenüber Dritten wirkende Beschränkungen in der Ausübung der anvertrauten Rechte beinhaltet, ist nicht möglich, weil eben nur der Treuhänder über diese Rechte gültig verfügen kann. So ist nur der Fiduziar berechtigt, das Treugut etwa zu vindizieren oder Gewährleistung zu verlangen, nicht aber der Fiduziant. Ferner kann der Dritte dann dem Fiduzianten aus OR 41 ff haftbar gemacht werden, wenn er die schädigende Absicht des

²⁷ Dies folgt aus der Vollrechtstheorie (vgl. z.B. Aeby 164, Gubler 246a ff)

²⁸ Gubler 258a

²⁹ Wälli 70

³⁰ Wälli 68

Fiduziars kannte oder hätte kennen müssen. Die unerlaubte Handlung kann dabei in den strafrechtlichen Tatbeständen der Beihilfe oder Anstiftung zur Veruntreuung (StGB 140) bzw. zur ungetreuen Geschäftsführung (StGB 159) liegen, evtl. in Hehlerei (StGB 144)³¹.

9. Inhaltlich gesehen muss die Weisung erlaubt sein; analog zum Vertragsinhalt muss sich auch die Ausführungsvorschrift im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung bewegen (OR 20), darf nicht unsittlich sein und sollte ausgeführt werden können³².

Die mit einem Willensmangel behaftete Weisung ist wie jede andere Weisung ohne Angabe von Gründen bis zur Ausführung widerrufbar³³. Wurde aber die Weisung schon ausgeführt, obwohl sie mit einem Willensmangel behaftet war, stellt sich die Frage, ob der tatsächliche Wille des Fiduzianten für den Fidziar erkennbar war oder von ihm hätte erkannt werden müssen. Ist dies der Fall und handelte der Fiduziar dennoch gemäss der mangelhaften Weisung, so liegt darin eine Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflichten des Fiduziars, für welche er nach OR 398 I und II haftet³⁴. Ferner kann dabei nicht mehr die Rede sein von einer Vertragserfüllung, weshalb die Ausführungshandlungen des Fiduziars unter die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu stellen sind (OR 419). Aus diesem Grunde besteht auch

³¹ vgl. dazu Gautschi und dort angeführte Beispiele (N.22b zu 397)

³² Insbesondere sollte die Weisung nicht die Stellung des Fiduziars als Sicherungsgläubiger beeinträchtigen (Blass 164)

³³ s. oben S. 56

³⁴ Gautschi N.16a ff zu 397

die Möglichkeit, die Haftung aus OR 420 II herzuleiten.

10. Es kann vorkommen, dass der Fiduziant eine unzumutbare Weisung³⁵ erteilt. Erkannte dies der Fiduziar, welcher ja in der Regel eine bessere Ausbildung auf seinem Fachgebiet besitzen wird, oder hätte er die Unzumutbarkeit der Weisung erkennen müssen, so kann er sich nicht mit dem Hinweis auf diese Weisung vom Vorwurf der Unvorsicht und der Haftung befreien, sondern muss den Fiduzianten über die Unzumutbarkeit der Ausführungsvorschrift aufklären.³⁶ Entgegen der Meinung Wälli³⁷ wird der Fiduziar sich auch dann nicht ohne weiteres von diesem Vorwurf befreien können, wenn der Fiduziant auf der Weisung trotz erfolgtem Abraten des Fiduziars bestehen bleibt: rechtfertigen nicht aussergewöhnliche persönliche Gründe des Fiduzianten die Befolgung der unzumutbaren Weisung, so gebietet die Sorgfalts- und Treuepflicht des Fiduziars die Niederlegung des Mandats, wenn der Fiduziant auf der Weisung trotz dem Hinweis auf deren Unzumutbarkeit bestehen bleibt (OR 404).³⁸

Erkennt der Fiduziar die Unzumutbarkeit der Weisung, kann aber den Fiduzianten aus irgendwelchen Gründen nicht erreichen, weil dieser sich etwa ausser Landes ohne Hinterlassung einer Kontaktadresse aufhält, so ergeben sich zwei Möglichkeiten:

³⁵ R. Keller 64

³⁶ R. Keller 63

³⁷ Wälli 69

³⁸ Guhl 433; SJZ 56 78

Entweder der Fiduziar befolgt die Weisung nicht, was zu-³⁹
lässig ist, wenn er annehmen musste, dass der Fiduziant
die Abweichung bei Kenntnis der richtigen Sachlage gebil-
ligt hätte (OR 397 I)⁴⁰. Oder aber er befolgt die unzweck-
mässige Ausführungsvorschrift und überschreitet damit aber
den Rahmen des übernommenen Auftrags. Dann fallen seine
Ausführungshandlungen sinngemäss unter die Vorschriften
der Geschäftsführung ohne Auftrag⁴¹ (OR 419 ff); der Fiduzi-
ar haftet auch für Zufall, sofern er nicht nachweisen kann,
dass der Schaden auch ohne seine Einmischung eingetreten
wäre (OR 420 II).

Ist der Fiduziar aber einmal von einer erteilten Weisung
abgewichen, so steht ihm immer noch die Möglichkeit offen,
den Auftrag durch die Uebernahme des entstandenen Schadens
zu erfüllen (OR 397 II). Dabei ist allerdings zu untersuchen,
ob es sich bei der erbrachten Leistung nicht um ein aliud
handelt, denn dann läge Geschäftsführung ohne Auftrag vor,
welche der Fiduziant allenfalls durch Genehmigung unter
die Vorschriften über den Auftrag stellen kann (OR 424)⁴².

11. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Weisung er-
laubt und zweckmässig sein muss, nicht mit Willensmängeln
behaftet sein darf und in der Regel nur den Fiduziar, nicht
aber Dritte bindet. Die Zweckmässigkeit der Ausführungs-

³⁹ Mitunter kann sogar eine Pflicht zur Weisungsabweichung aus der
Sorgfaltspflicht abgeleitet werden (Staehelin 65)

⁴⁰ Wälli 69

⁴¹ Eine allzu enge Beschränkung des Fiduziars im Gebrauch der übertra-
genen Rechtsmacht kann aber dazu führen, dass das Rechtsgeschäft als
Simulation ausgelegt wird (vgl. SemJud 77 571)

⁴² Gautschi N.20d zu 397

vorschrift hat der Fiduziar von Fall zu Fall zu überprüfen mit jener "Umsicht, die der ordentliche und tüchtige Fachmann in der gleichen Lage anzuwenden pflegt"⁴³.

Aus der Sorgfalts- und Treuepflicht fliesst die Pflicht des Fiduziars, beim Fiduzianten Weisungen einzuholen, wenn neue Umstände dies erfordern sollten. Im Übrigen besteht keinerlei Pflicht des Fiduzianten zum Erlass von Weisungen⁴⁴.

Insbesondere kann er auf dieses Weisungsrecht gültig auch⁴⁵ im voraus verzichten.

⁴³ SJZ 56 78

⁴⁴ Gautschi N.7a zu 397

⁴⁵ s. oben S. 53 ff

dd Rechenschaftsbericht

1. Um bei der Beendigung des Treuhandverhältnisses seinen Ablieferungsanspruch in der richtigen Höhe geltend machen zu können, ist der Fiduziant auf einen ausführlichen Rechenschaftsbericht¹ des Treuhänders angewiesen. Aber auch während der gesamten Dauer der Rechtsbeziehungen ist er auf die Informationen des Fiduziars angewiesen, um beispielsweise bei Pflichtverletzungen² desselben rechtzeitig den erteilten Auftrag widerrufen zu können.³ Er kann damit dem allgemeinen Grundsatz des Haftpflichtrechts Rechnung tragen, dass der Geschädigte selber auch dafür zu sorgen hat, eine Verschlimmerung des eingetretenen Schadens nach Möglichkeit zu verhindern. Unterlässt er dies, so kann der Richter die Ersatzpflicht des Schädigers herabsetzen oder ihn sogar gänzlich davon entbinden (OR 44 I).
Der Fiduziant kann von seinem Weisungsrecht nur dann sinnvollen Gebrauch machen, wenn er genügend informiert ist über den Stand des Vermögens, allfällige Schadenersatzforderungen, die Art der Vermögensanlage, Auslagen und Verwendungen des Fiduziars etc. Besonders bei drohender Gefahr ist der Fiduziar verpflichtet, den Fiduzianten vollständig, wahrheitsgetreu und rechtzeitig über die Art und das Ausmass der Gefahr zu unterrichten,⁴ damit die-

¹ Dieser umfasst die Pflicht zur laufenden Rechnungsführung, zur Benachrichtigung und Auskunftserteilung (so ausdrücklich BGB § 666)

² Rüegg 121 ff

³ Dabei sind aber Mitteilungen zu unterlassen, die dem Geheimhaltungsinteresse des Fiduzianten zuwiderlaufen (vgl. Staehelin 66, Wälli 71)

⁴ Gautschi N.23a zu 400

ser je nachdem den Auftrag widerrufen, Weisungen erteilen oder andere Schritte zu ihrer Beseitigung oder Herabsetzung unternehmen kann.⁵ Diese Forderung ergibt sich einerseits aus der Sorgfalts- und Treuepflicht des Fiduziars. Andererseits hat er aber auch selber ein grosses Interesse an einer umfassenden Information seines Mandanten, strebt er doch die Entlastung von der Geschäftsführung und die Anerkennung seiner Ansprüche aus der *actio mandati contraria* (wie Auslagenersatz, Honorar, allfälliger Schadenersatz) an.⁶ Zudem kann er sich bei erfolgloser Auftragsausführung von Haftungsansprüchen des Fiduzianten nur dann gültig befreien lassen, wenn der Fiduziant alle Tatsachen kannte, welche zum Misserfolg führten und damit eine Anfechtung der Genehmigung der Geschäftsführung wegen Willensmängeln ausgeschlossen wird. Diese Genehmigung ist nur dann wirksam, wenn der Fiduziant alle zu ihr führenden Tatsachen kennt oder hätte kennen sollen, sei es durch seine eigenen Wahrnehmungen oder aufgrund von Mitteilungen des Fiduziars. Die Beweislast dafür, dass der Fiduziant alle diese Tatsachen kannte oder hätte kennen sollen, liegt beim Fiduziar (ZGB 8).

2. Erlaubte Weisungsabweichungen müssen dem Fiduzianten so bald als möglich mitgeteilt werden, damit dieser weitere Dispositionen treffen und allenfalls drohenden Schaden abwen-

⁵ Wälli 70

⁶ Gautschi N.28d zu 400

den kann. Dies ergibt sich ohne weiteres aus OR 397 I: Ist im Normalfall die Erlaubnis für eine Abweichung von erteilten Vorschriften einzuholen, so hat dies⁷vielmehr auch dann zu geschehen, wenn nach den Umständen die Einholung vor der Weisungsabweichung nicht mehr möglich, die Abweichung selber dagegen geboten erscheint.⁸ Hier verlangt die Sorgfalts- und die Treuepflicht eine sofortige, vollständige und wahrheitsgemässe Benachrichtigung des Fiduzianten.⁹

Besteht die Ablieferungspflicht nicht in einer Gattungsschuld, so hat der Fiduziar eine unerlaubte Weisungsabweichung zum Nachteil des Fiduzianten selbst dann mitzuteilen, wenn er den daraus erwachsenden Nachteil auf sich nimmt, soweit dies nach der Art des Treugutes überhaupt möglich ist. In diesem Zusammenhang stellt sich aber die allgemeine Frage, ob dem Fiduziar die Erfüllung seiner Mitteilungspflicht auch dann noch zumutbar ist, wenn er sich dadurch selber beschuldigen müsste und einer allfälligen Strafuntersuchung beispielsweise wegen Veruntreuung oder ungetreuer Geschäftsführung Vorschub leisten würde. Nach allgemeinen Grundsätzen ist der Beschuldigte im Strafprozess ja nicht wahrheitspflichtig und kann insbesondere alle Aussagen unterlassen, mit denen er sich selbst belasten könnte. Obwohl aber das öffentliche Recht in solchen Fäl-

⁷ bzw. die nach der Weisungsabweichung erfolgende Information darüber

⁸ Gautschi N.23d zu 400

⁹ auch ohne besondere Aufforderung des Fiduzianten (Wälli 71)

len eine Unterlassung der Informationspflicht zulässt, werden dadurch die privatrechtlichen Pflichten des Fiduziars nicht vermindert. Unterlässt also der Treuhänder die Information über die unerlaubte Weisungsabweichung, so kann er sich nicht unter Berufung auf das öffentliche Recht vom Vorwurf befreien, seine vertraglichen Pflichten verletzt zu haben, und haftet nach OR 97 I.

Besteht der Ablieferungsanspruch in einer Gattungsschuld (z.B. in einer Geldforderung), so ist u.E. der Fiduziar nicht verpflichtet, eine unerlaubte Weisungsabweichung mitzuteilen, wenn der fehlbare Fiduziar den Nachteil gemäss OR 397 II auf sich nimmt und der Auftrag deshalb als erfüllt zu betrachten ist. Mit der Ablieferung des vollen Betrages und dem Ersatz des entstandenen Nachteils¹⁰ hat der Fiduziar seine Ablieferungspflicht voll erfüllt.¹¹ Im Gegensatz zu einem Treuhänder, dem eine Speziessache anvertraut wurde, muss er nicht einen individualisierbaren Gegenstand, sondern nur eine bestimmte Menge einer vertretbaren Sache abliefern. Erfüllt er diese Forderung, so ist nicht einzusehen, weshalb er den Fiduzianten über die Weisungsabweichung unterrichten und damit die im Treuhandverhältnis grundlegende Vertrauensbasis erschüttern sollte. Denn durch die Uebernahme des entstandenen Schadens hat der Fiduziar gezeigt, dass er das Vertrauen¹² des Fiduzian-

¹⁰ Es ist davon auszugehen, dass der Fiduziar für Gattungssachen die Gefahr trägt und er deshalb in gewissem Sinne für einen Erfolg haftet (vgl. dazu Wälli 72)

¹¹ OR 397 II

¹² bzw. die Interessen des Fiduzianten am Treugut

ten zu erhalten selbst dann gewillt ist, wenn dies auf seine eigenen Kosten zu geschehen hat. In diesem Sinne ist der eine vertretbare Sache verwaltende bzw. abliefernde Treuhänder bessergestellt als derjenige, dem eine unvertretbare Sache anvertraut wurde. Der Grund dafür liegt im Umstand, dass letzterer einen entstandenen Nachteil im Normalfalle auch nicht durch die Bezahlung einer Geldsumme voll und ganz abgelten kann, wogegen der eine vertretbare Sache schuldende Fiduziar die Gefahr für das Treugut selber zu tragen hat (OR 481). Mit der Uebernahme der Gefahr bei vertretbaren Sachen entsteht für den Treuhänder¹³ einerseits ein grösseres Risiko, andererseits vermindert sich seine Informationspflicht betreffend Fehldispositionen, deren Nachteile oder Verluste er aus eigenen Mitteln ersetzt.

3. Der Rechenschaftsbericht am Ende eines Treuhandverhältnisses besteht in einer Abrechnung über das erhaltene und das erworbene Vermögen¹⁴ einerseits und das aufgewendete Vermögen andererseits. Zum letzteren gehören das Honorar, der Auslagenersatz und ein allfälliger Schadenersatz. Das Resultat dieser Abrechnung kann in einem Geldsaldo¹⁵ (zugunsten des Treuhänders oder seines Mandanten) bestehen und bildet dann eine Schuldanerkennung gemäss OR 17, allerdings unter Vorbehalt allfälliger Rechnungsfehler (OR 24 III). Wurde das Nettoergebnis schriftlich unterzeichnet, so entsteht

¹³ Solange der Fiduziar sich bezüglich der Alieferungsobligation nicht im Verzug befindet, trägt er aber nicht auch eine mit dem Auftrag verbundene Gefahr wie etwa das Risiko einer Geldentwertung (BGE 76 II 377)

¹⁴ Der Treuhänder hat das Treugut von seinem eigenen Vermögen getrennt zu verwahren (Stæhelin 64)

¹⁵ Bergmaier 187

ein Rechtsöffnungstitel im Sinne von SchKG 62.

Dem Rechenschaftsbericht sind alle Belege¹⁶ beizulegen, welche der Berechnung des Ablieferungsgegenstandes zugrunde gelegt wurden.¹⁷ Mit Hilfe dieser Belege soll es dem Fiduzianten ja möglich sein, die Berechnung des Ablieferungsanspruches selber nachvollziehen zu können.¹⁸ Ist der Rechenschaftsbericht nämlich unvollständig oder wird seine Herausgabe sogar verweigert, so setzt sich der Fiduziar dem Verdacht der ungetreuen Geschäftsführung oder Veruntreuung aus,¹⁹ weil er dafür besorgt sein muss, dass der Fiduziant seinen Anspruch auf Herausgabe des Treugutes jederzeit geltend machen kann. Dazu ist er aber nur dann imstande, wenn er den Ablieferungsanspruch nach Gegenstand und Grösse bestimmen kann. Die ganze oder teilweise Verweigerung der Herausgabe dieses Berichtes durch den Fiduziar verunmöglicht diese Bestimmung des Ablieferungsanspruches und damit auch dessen Geltendmachung. Aus diesem Grunde ist der Tatbestand der falschen Anschuldigung nicht erfüllt, wenn der Fiduziant den Treuhänder im Falle einer Verweigerung seiner Rechenschaftspflicht verdächtigt.²⁰

4. Eine Niederlegung des Mandats hat der Treuhänder dem Fiduzianten unverzüglich mitzuteilen.²¹ Eine verspätete diesbezügliche Information kann das Treugut in Gefahr bringen, für die der Fiduziar die Verantwortung zu tragen hat, weil

¹⁶ Bergmaier 187

¹⁷ M. Wolff 108, Wälli 70

¹⁸ Rüegg 129

¹⁹ Gautschi N. 31 zu 400

²⁰ BGE 76 IV 244

²¹ Gautschi N. 22c zu 400

der Treugeber auf die Verwaltungstätigkeit des Treuhänders so lange vertrauen darf, als er von der Niederlegung des Mandats nichts erfährt und deshalb auch keine Veranlassung hat, sich selber um die in der Obhut des Beauftragten erwähnten Gegenstände zu kümmern.

Die Forderung nach einer sofortigen Mitteilung der Mandatsniederlegung lässt sich aus der Sorgfaltspflicht des Fiduziars ableiten. Erleidet das Treugut infolge der Unterlassung dieser Meldepflicht einen Schaden, so haftet deshalb der Fiduziar für diesen Schaden wegen Verletzung der Sorgfaltspflicht nach OR 398 I, II. Dies gilt allgemein für Schäden, welche auf eine Verletzung der Treuepflicht zurückzuführen sind.

5. Die Erfüllung der Rechenschaftspflicht kann nicht erzwungen werden,²² da es sich bei ihr um eine obligatio faciendi, die Verpflichtung zu einem Tun, handelt²³. Allerdings kann entsprechend der jeweiligen kantonalen ZPO eine indirekte Durchsetzung im Befehlsverfahren unter Androhung der dort vorgesehenen Sanktionen zum Erfolg führen.²⁴

Andererseits besteht keine Möglichkeit, die Genehmigung, Anerkennung oder Entlastung der Geschäftsbesorgung zu erzwingen²⁵, weil jede dieser drei Rechtshandlungen einen Verzicht auf die Geltendmachung von vermeintlichen oder bestehenden Rechten beinhaltet. Ein derartiger Verzicht kann

²² Walder 461

²³ Gautschi N.26 zu 400

²⁴ ZH ZPO 306 ff

²⁵ Gautschi N.36b zu 400

jedoch nicht erzwungen werden, sondern muss in der Form einer freien Willensäusserung erfolgen.

Wird die Genehmigung der Geschäftsführung verweigert, so kann der Fiduziar dies nicht als Einrede gegen die Geltendmachung des Ablieferungsanspruches verwenden²⁶. Einzige Handhabe des Fiduziars gegen die Verweigerung der Geschäftsführungsgenehmigung ist die rechtzeitige Niederlegung des Mandats.

Die Genehmigung der Geschäftsführung kann auch stillschweigend (OR 6) erfolgen. In der Praxis lassen die Banken Geldsaldi zu ihren Gunsten von den Kunden schriftlich bestätigen und erhalten damit einen Rechtsöffnungstitel gemäss SchKG 82. Geldsaldi zu Lasten der Bank hat der Kunde innert einer bestimmten Frist ausdrücklich abzulehnen. Unterlässt er eine solche ausdrückliche Ablehnung innert der angegebenen Frist, so wird dieses Schweigen von der Bank als Genehmigung der Abrechnung ausgelegt (OR 6). Für den geschäftsführenden Fiduziar ist die genehmigte Abrechnung bindend; er kann sich lediglich auf Rechnungsfehler oder Willensmängel berufen²⁷.

6. Auf Schadenersatzansprüche gegen den Fiduziar kann der Fiduziant gültig verzichten anhand einer Entlastungserklärung. Diese stellt einen Anwendungsfall von OR 115 dar, ist an keine Form gebunden und bedarf der Zustimmung beider Par-

²⁶ BGE 76 II 377

²⁷ Gautschi N. 32b zu 400

²⁸
teilen, sie kann sich auf den ganzen Umfang oder nur auf einen Teil der Schadenersatzforderung beziehen und darf an eine Bedingung geknüpft oder vorbehaltlos abgegeben werden. Dass eine solche Befreiungserklärung vom Fiduzianten abgegeben wurde, hat der Fiduziar zu beweisen (ZGB 8). Zum Beweisthema gehört dabei nicht nur die tatsächlich erfolgte Abgabe der Erklärung, sondern vor allem, dass der Fiduziant die zur Abgabe dieser Erklärung erforderlichen Tatsachen auch wirklich kannte und verstand²⁹ oder bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte kennen und verstehen müssen.

6. Handelte der Fiduziar in Ueberschreitung des Auftragsrahmens als Geschäftsführer ohne Auftrag (OR 419 ff), so kann diese Tätigkeit durch Genehmigung des Fiduziars in einen Auftrag übergeführt werden (OR 424) und der Fiduziar von der strengen Haftung von OR 420 II befreit werden. Rechtlich stellt diese Genehmigung allerdings nur die Annahme einer Offerte dar, ohne dass jedoch dadurch die Abrechnung selbst genehmigt würde oder dass die Genehmigung der Geschäftsführung ohne Auftrag sogar eine Befreiung von allfälligen Schadenersatzforderungen zur Folge hätte³⁰.
Beim Vorliegen einer objektiv richtigen Geschäftsbesorgung ist die Verrechnung zulässig. Der Fiduziar kann also seine Ansprüche aus der actio mandati contraria (Honorarforderung,

²⁸ BGE 69 II 377; Guhl 268, Gautschi N. 34a zu 400

²⁹ Der Verzichtende muss sich seines "Opfers" bewusst sein (BGE 49 II 7, 54 II 191)

³⁰ Gautschi N. 32a zu 400

Auslagenersatz³⁰ und evtl. Schadenersatz) mit den Ansprüchen des Fiduzianten aus der actio mandati directa (Ablieferungsanspruch, evtl. Schadenersatz) verrechnen³¹, sofern die weiteren Voraussetzungen der Verrechnung (OR 120 ff: Geldsummen oder andere gleichartige Leistungen, Fälligkeit beider Forderungen) gegeben sind³².

³¹ BGE 51 II 167, 81 II 358, 81 II 27

³² Selbst wenn die Ansprüche gegen den Fiduzianten bestritten werden (OR 120; Wälli 75)

es Ablieferungspflicht

1. Die Beendigungsgründe von OR 404, 405 beziehen sich nur auf die Ausführungs-, nicht aber auf die Ablieferungspflicht. "Beendet ist das Auftragsverhältnis erst durch allseitige Erfüllung, seltener durch sonstiges Erlöschen aller gegenseitigen Mandatsobligationen¹". Erhebt der Fiduziant seinen Ablieferungsanspruch, so muss der Fiduziar dieser Aufforderung unverzüglich Folge leisten. Andernfalls kommt er in Verzug (OR 102 II) und haftet auch für Zufall (OR 103)². Die Ablieferungspflicht des Fiduziars lässt sich direkt aus seiner Treuepflicht herleiten. Dem Sinn des Treuhandgeschäftes entsprechend muss er während der ganzen Dauer des Rechtsverhältnisses in der Lage sein, das Treugut herausgeben zu können, sobald dies vom Fiduzianten verlangt wird. Fehlt eine entsprechende Bereitschaft, so setzt sich der Treuhänder der Gefahr aus, vom Fiduzianten der Veruntreuung oder der ungetreuen Geschäftsführung (StGB 140 bzw. 159)³ bezichtigt zu werden. Diese Gefahr geht der Treuhänder selbst dann ein, wenn er das Treugut nur vorübergehend für eigene Zwecke verwendet⁵. Gegenstand der Ablieferungspflicht können Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen sein⁶. Auch Organvollmachten sind auf Verlangen des Fiduzianten abzuliefern, und der

¹ Gautschi N.2a zu 400

² Wälli 72

³ s. oben S. 58 und 67

⁴ Die Nichterfüllung des Ablieferungsanspruches begründet nur eine (obligatorische) Schadenersatzforderung des Fiduzianten (R.Keller 76)

⁵ BGE 77 IV 12

⁶ Gautschi N.5a zu 400

fiduziarische Inhaber solcher Rechte hat bei der Löschung im Handelsregister mitzuwirken⁷.

Ebenso können Urkunden wie Geschäftskorrespondenz, Bücher und Belege zum Gegenstand der Ablieferung werden⁸, ferner auch schriftliche Gutachten, Pläne und dergleichen.

Oft genügt die Erstellung einer Zessionsurkunde für die Erfüllung eines Ablieferungsanspruches, so wenn das anvertraute Vermögen in Bankkonten oder -depots angelegt worden ist⁹.

2. Solange der Fiduziar nicht alles herausgegeben hat, was zum Treugut gehört, ist seine Ablieferungspflicht noch nicht erfüllt. Befinden sich somit zum Treugut gehörende Gegenstände, Forderungen oder Rechte in seinem Besitz, obwohl der Fiduziant deren Herausgabe verlangt hat, begeht der Treuhänder eine absichtliche Vertragsverletzung mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen.

Wie bei der Uebertragung der Rechte am Treugut, so ist auch bei der Ablieferung desselben die Einhaltung der richtigen Form zu beachten.¹⁰ So müssen etwa bei der Ablieferung von Fahrnisgegenständen die Besitzesübertragung¹¹, von Forderungsrechten die schriftliche Abtretung¹² und von Liegenschaften die Erfordernisse der öffentlichen Beurkundung¹³ und des Eintrages im Grundbuch erfüllt sein.

Geld ist im Normalfall als vertretbare Sache einzustufen.

⁷ BGE 69 II 313

⁸ BGE 78 II 376

⁹ Gautschi N.12d zu 400

¹⁰ Wälli 73

¹¹ vgl. Jost in ZSR nF 72 139

¹² Hat der Fiduziar das Forderungsrecht vom Fiduzianten erhalten, so ist eine Rückzession erforderlich (vgl. v.Tuhr/Siegwart II 785)

¹³ des fiduziarischen Vertrages (Ammann 76 ff)

Bei Gattungsschulden trägt aber der Fiduziar die Gefahr eines unverschuldeten Unterganges oder unverschuldeter Minderung¹⁴. Diese Regel erfährt allerdings dann eine Ausnahme, wenn der Ablieferungsgegenstand Geld in einem speziellen, von den übrigen getrennt geführten Konto angelegt wird¹⁵; in einem solchen Falle wird die Gattungsschuld zur Stückschuld. Dasselbe gilt etwa auch da, wo einem Sammler einige wertvolle, alte und genau individualisierbare Münzen abzuliefern sind¹⁶.

Der Ablieferungsanspruch besteht immer dann in einer Geldschuld, wenn dem Fiduziar in Bezug auf die Art der Vermögensanlage volle Freiheit gewährt wird. In solchen Fällen trägt er die Gefahr für das gesamte Treugut bis zu dem Zeitpunkt, da es durch Spezifikation zur Stückschuld geworden ist, der Fiduziar gerichtlich hinterlegt oder das Geld dem Fiduzianten abliefert¹⁷. Da aber auch hier die Anlage des Treugutes auf Rechnung und Gefahr des Treugebers erfolgt, hat dieser allfällige Kursverluste zu tragen, solange der Kursverlust sich noch innerhalb eines bewilligten Risikos bewegt und nicht auf eine Sorgfaltsverletzung des Fiduziars zurückzuführen ist. Welcher Art und Höhe das vom Fiduzianten bewilligte Risiko ist, muss von Fall zu Fall durch Auslegung des Inhaltes des jeweiligen Treuhandverhältnisses gefunden werden.

¹⁴ Gautschi N4a zu 400

¹⁵ BGE 99 II 398

¹⁶ Guhl 101

¹⁷ Gautschi N.4e zu 400

Im Zusammenhang mit der Erfüllung der Ablieferungspflicht stellt sich die Frage, ob eine Anlage des zu verwaltenden Treuhandvermögens in vinkulierten Namenaktien eine Verletzung der dem Fiduziar obliegenden Sorgfaltspflicht beinhaltet¹⁸, weil die Zustimmung zur Uebertragung der Aktien an den Fiduzianten von der Gesellschaft verweigert werden kann. Obwohl die in diesen Aktien verbrieften Vermögensrechte auch ohne Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden können¹⁹, bewirkt die Verweigerung der Zustimmung zur Uebertragung der Aktien eine gewisse Benachteiligung des Erwerbers insofern, als die in der Aktie verbrieften persönlichen Rechte wie das Stimmrecht weiterhin beim Veräusserer verbleiben.

Eine Anlage des anvertrauten Vermögens in vinkulierten Namenaktien wird dann als zulässig zu bezeichnen sein, wenn der Fiduziant den klaren Auftrag zum Erwerb genau dieser Aktien gegeben hat. Aufgabe des Fiduziars wird es in solchen Fällen allerdings sein, den Fiduzianten auf das Risiko und die Folgen einer Verweigerung der Uebertragung durch die Gesellschaft hinzuweisen und gegebenenfalls sogar das Mandat niederzulegen, weil die Unzweckmässigkeit dieser die Art der Anlage betreffende Ausführungsvorschrift vermutet werden muss²⁰.

Anders liegt der Fall, wenn der Fiduziar Freiheit in der

¹⁸ so Gautschi N.12c zu 400

¹⁹ BGE 88 II 302

²⁰ s. oben S.59

Art der Anlage des Treugutes geniesst. Hier muss den Umständen entnommen werden, ob nicht allenfalls eine besonders hohe Dividende, die starke Marktposition der Gesellschaft, ihre guten Zukunftsaussichten und ähnliches eine Anlage in vinkulierten Namenaktien rechtfertigen könnten, obwohl damit gerechnet werden muss, dass die Gesellschaft einer Uebertragung der Aktien nicht zustimmt und der Fiduziant deshalb nur in den Genuss der verbrieften Vermögensrechte, nicht aber der persönlichen Rechte kommen würde. Bei einer derart weitgehenden Freiheit des Treuhänders in der Wahl der Anlage des Treugutes besteht nämlich die Ablieferungspflicht des Fiduziars in der Herausgabe einer Gattungssache²¹, und der Fiduziar genügt den ihm obliegenden Sorgfaltspflichten, solange er das Treugut sicher und mit maximalem Gewinn anlegt. Selbst wenn der Fiduziar in einem solchen Falle vor der Wahl gestanden hätte, zwischen zwei verschiedenen Anlagemöglichkeiten in Inhaber- oder vinkulierten Namenaktien mit gleichen vermögensrechtlichen Ergebnissen zu entscheiden, so wäre die Anlage in vinkulierten Namenaktien noch nicht als Sorgfaltsmangel auszulegen.

3. Der Ablieferungsgegenstand ist nur ex nunc bestimmbar²².
Wurde eine Vergütung vereinbart oder ist sie als üblich zu²³

²¹ hier in einer Geldforderung. vgl. Gautschi N.4e zu 400

²² Gautschi N.5d zu 400

²³ OR 394 III

bezeichnen, so ist der Ablieferungsanspruch um das Honorar, allfällige Verwendungen und Auslagen zu vermindern; gegebenenfalls kann der Fiduziar auch einen Schadenersatz im Sinne von OR 402 II in Abzug bringen²⁴.

Ob der Ablieferungsanspruch sich aus Mandat oder Hinterlegung ergibt, ist dem konkreten Vertragsinhalt zu entnehmen. Liegt das Schwergewicht des Vertrages in Dienstleistungen des Beauftragten wie etwa der Verwaltung des Vermögens; ist also ein bestimmtes Ausführungsgeschäft vereinbart worden, so folgt der Ablieferungsanspruch regelmässig aus OR 400²⁵ und umfasst alles, was dem Beauftragten infolge der Geschäftsführung zugekommen ist.

Sobald die Schuld getilgt ist, hat der Fiduziar bei der Sicherungsübereignung das Treugut zurückzuerstatten; wurde es verabredungsgemäss verwertet, schuldet er dem Fiduzianten Rechenschaft über den Verwertungserlös und hat den verbleibenden Nettoerlös abzuliefern²⁶.

4. Die Ablieferung ist Zug um Zug (OR 82)²⁷ vorzunehmen, sofern nicht etwas anderes vereinbart wurde. Dem Fiduziar steht das Retentionsrecht im Sinne von OR 401 III am Treugut zu.²⁸ Es handelt sich dabei allerdings um ein rein obligatorisches Retentionsrecht, welches nicht identisch ist mit dem dinglichen oder allgemeinen Retentionsrecht von ZGB 895²⁹. Das Retentionsrecht des Beauftragten bezieht sich

²⁴ Gautschi in SJZ 51 152 ff

²⁵ Gautschi N.8a zu 400

²⁶ Gautschi N.9d zu 400

²⁷ BGE 94 II 267; Jost in ZSR nF 72 142

²⁸ Oser/Schönenberger N16 zu 401

²⁹ BGE 78 II 378, 94 II 267

nämlich auf das Treugut, welches ja schon im Eigentum des Treuhänders steht und deshalb nicht mehr Sache im Sinne von ZGB 895 sein kann. Allerdings zeitigt das in OR 401 statuierte obligatorische Retentionsrecht gleiche Wirkungen wie das dingliche. Die Höhe des Retentionsrechtes des Fiduziars richtet sich nach der Höhe der von ihm geltend gemachten Forderung. Kein Retentionsrecht besteht etwa an Urkunden und anderen Gegenständen, welche nicht verwertet werden können³⁰; darunter fallen insbesondere auch jene schriftlichen Dokumente und Unterlagen, welche im Rahmen der Rechenschaftspflicht herauszugeben sind.

5. Bezüglich Verpflichtungen, die der Fiduziar im eigenen Namen, aber auf Rechnung und im Interesse des Fiduzianten eingegangen ist, steht dem Fiduziar ein Befreiungsanspruch aus OR 401 I zu. Die Uebernahme dieser Verpflichtungen hat durch privative Schuldübernahme zu erfolgen (OR 176 I); der Fiduziant hat sich deshalb in einem Vertrag³¹ mit dem Treuhänder über die zu übernehmenden Verpflichtungen zu einigen, um den Treuhänder davon zu befreien.
6. Wie bereits oben³² erwähnt wurde, lässt sich die Höhe des Ablieferungsanspruches als Geldsaldo ermitteln; aus dem Rechenschaftsbericht des Fiduziars muss es dem Fiduzianten möglich sein, die Höhe der Auslagen und Verwendungen, des Honoraranspruches, allfälliger Schadenersatzforderun-

³⁰ Gautschi N.18b zu 400

³¹ "durch ein neues Rechtsgeschäft": R.Keller 75

³² s. oben S. 66

gen zu bestimmen; ferner sollten die abgelieferten Unterlagen auch die Ermittlung des gesamten erworbenen und erhaltenen Vermögens ermöglichen. Der abzuliefernde Geldsaldo wird dann durch Abzug von Auslagen, Verwendungen, Honorar und Schadenersatz vom erhaltenen und erworbenen Vermögen unter Berücksichtigung von Zinsen³³ gewonnen.

Die Verjährungsfrist des auftragsrechtlichen Rückerstattungsanspruches beginnt erst mit der Beendigung des fiduziarschen Rechtsverhältnisses zu laufen, weil dieser Anspruch selber erst mit der Beendigung der Treuhand³⁴ fällig wird, sofern der Fiduziant die Ablieferung nicht schon vorher ausdrücklich verlangt hat³⁵.

³³ Gautschi N.5c zu 400

³⁴ bei der Vermögensverwaltung steht die Erhaltung des Vermögens als objektive Ausführungsdirektive im Vordergrund was verschiedene Autoren dazu veranlasst, die Treuhand als Dauergeschäft zu qualifizieren

³⁵ BGE 91 II 451

ff. Auskunfts- und Raterteilung

1. In vielen Fällen wird der professionelle¹ Treuhänder um Rat gebeten, bevor der Fiduziant von seinem Weisungsrecht Gebrauch macht, um anschliessend z.B. das Objekt seiner Vermögensanlage zu verändern. Während eines bestehenden Treuhandverhältnisses erteilte Ratschläge erfüllen gerade in grösseren Vermögensverwaltungsaufträgen die Aufgabe, den Fiduzianten bei der Erteilung einer Weisung darauf aufmerksam zu machen, dass die Ausführungsvorschrift zwar nicht unzumutbar, aber doch auch nicht unbedingt ideal sei und dass mit einer geringfügigen Änderung noch bessere Resultate erzielt werden könnten.² Einen weiteren Schritt in dieser Richtung haben verschiedene Unternehmen getan, welche sich als Dienstleistungsbetriebe auf die reine Anlageberatung spezialisiert haben und sich deshalb nicht mehr als Treuhänder im Sinne des oben³ gefundenen Begriffes betätigen.

Fällt nun der Fiduziant eine Entscheid betreffend die Wahl eines neuen Anlageobjektes aufgrund der vom Treuhänder erhaltenen Auskunft und erleidet dabei einen Schaden, so stellt sich die Frage der Haftung des Ratgebers für die erlittenen Vermögenseintussen.

2. Als professionelle Treuhänder verweisen die Banken auf ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen und machen etwa die Gültigkeit oder Verbindlichkeit einer mündlich erteilten Auskunft von einer zusätzlichen schriftlichen Bestätigung

¹ vgl. Paul zur Stellung des beruflichen Auskunftsgebers (Paul 137 ff)

² vgl. Palandt § 666 N.2a

³ oben S. 1 ff

abhängig. Hinzu kommt eine allgemeine Wegbedingung der Haftung für leichtes Verschulden⁴ gemäss OR 100 II bezüglich Auskünften und Raterteilungen .

Die Haftung für Hilfspersonen kann von den Parteien sogar für jedes Verschulden wegbedungen werden⁵.

Allgemeine Geschäftsbedingungen muss der Kunde immer dann gegen sich gelten lassen, wenn er sie unterzeichnet hat, "sofern nicht dem Empfänger bekannt war oder nach der Erfahrung des Lebens vernünftigerweise bekannt sein musste, dass der Erklärungsinhalt nicht gewollt sei"⁶. Selbst wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Kunden nicht ausgehändigt wurden, er aber weiss, dass sie Vertragsbestandteil sind, ist er nach Treu und Glauben verpflichtet, sich diese übergeben zu lassen, falls dies unterblieben ist. Er muss in diesem Falle die allgem. Geschäftsbedingungen gegen sich gelten lassen⁷. Noch weiter geht das Bundesgericht in BGE 44 II 992: "Dadurch, dass der Beklagte sich mit der Klägerin in Bankverbindung setzte und durch sie den Kontokorrent führen liess, hat er sich stillschweigend den von ihr für diesen Betrieb aufgestellten Geschäftsregeln ... unterworfen. " Dieser Entscheid stellt die allgemeine Regel auf, dass sich "derjenige, der einen Vertrag mit einem Partner schliesst, der erfahrungsgemäss nur gestützt auf Geschäftsbedingungen kontrahiert, sich den darin enthalte-

⁴ Kleiner 12 ff

⁵ Bei einem obrigkeitlich konzessionierten Gewerbe kann der Richter die Haftungsbeschränkung für nichtig erklären; ebenso, wenn der Verzichtende im Dienste des andern Teils stand. (Zur Frage, ob auch die Banken als obrigkeitlich konzessionierte Gewerbe zu behandeln seien Kleiner 13 ff)

⁶ BGE 76 I 350

⁷ Kleiner 10

nen Regeln unterwirft"⁸.

3. Im Gegensatz zum deutschen Recht kennt das schweizerische Obligationenrecht keine ausdrückliche Regelung der Haftungsverhältnisse bei einem durch die Befolgung eines Rates oder einer Empfehlung entstandenen Schaden. §676 BGB schliesst eine Schadenersatzpflicht für erteilten Rat oder Empfehlung grundsätzlich aus unter Vorbehalt allfälliger Haftungen aus Vertrag oder unerlaubter Handlung.⁹ Diese Regelung¹⁰ ist auch nach schweizerischem Recht gültig: Ratschläge und Empfehlungen, welche aus reiner Gefälligkeit erteilt werden, können nur dann zur Haftung des Ratgebers führen, wenn die Voraussetzungen¹¹ einer unerlaubten Handlung (OR 41 ff) erfüllt sind. Besteht hingegen eine vertragliche Pflicht und wird insbesondere für den empfangenen Rat ein Entgelt¹² verlangt, so muss die vertragliche Haftung des Ratgebers für einen aus der Befolgung von Rat oder Empfehlung entstandenen Schaden bejaht werden. Vom berufsmässigen Auskunftgeber verlangt das Bundesgericht einen hohen Grad an Sorgfalt und grosse Gewissenhaftigkeit.¹³ Musielak fasst die Rechtsprechung von Reichsgericht und Bundesgerichtshof zu diesem Thema folgendermassen zusammen: Eine Haftung aus einem stillschweigend abgeschlossenen Beratungs- oder Auskunftsvertrag liegt dann vor, "wenn erkennbar die Beratung oder Auskunft für den Empfänger von erheblicher Be-

⁸ Kleiner 10 und dort zit. Entscheide

⁹ vgl. dazu aber die Kritik bei Paul 30 ff

¹⁰ Rüegg befürwortet eine Haftung aus c.i.c.

¹¹ zur Frage des Verschuldens Wüthrich 49 ff, Pfluger 36, Nietlisbach 67 ff

¹² Pfluger 49

¹³ BGE 38 II 605; Nietlisbach 12

deutung war und er sie zur Grundlage wesentlicher Entscheidungen oder Massnahmen machte." Dabei sei zu berücksichtigen, ob der Berater oder Auskunftgeber bezüglich der gegebenen Information sachkundig war oder ob bei ihm ein eigenes wirtschaftliches Interesse im Spiel gewesen sei¹⁴.

Die Voraussetzungen der unerlaubten Handlung sind dann erfüllt, wenn der Ratgeber mit bewusst unrichtigen Informationen einen Schaden herbeigeführt hat oder diesen Erfolg billigte, in dem er mit der Möglichkeit rechnete, dass irgend jemand durch seine Auskunft einen Schaden erleiden könnte. In diesem Falle hat er mit bedingtem Vorsatz gehandelt¹⁵.

¹⁴ Musielak 10

¹⁵ Musielak 42

gg Treuepflicht

1. Schon der Name Treuhandverhältnis oder die lateinische Bezeichnung fiducia deuten bei diesen Rechtsbeziehungen auf das ausgeprägte Vertrauensverhältnis,¹ welches die beiden Vertragsparteien zur Grundlage ihrer Vereinbarung machen. Das Vorliegen dieser starken Vertrauensbasis sollte für die Parteien eine unerlässliche Bedingung zum Vertragsschluss darstellen, bei deren Fehlen besser auf das Geschäft verzichtet werden sollte. Diese Forderung ergibt sich daraus, dass die der Uebertragung dinglicher Rechte an den Fiduziar immanenten Risiken sehr gross sind, weil fortan dieser die Herrschaftsgewalt über das anvertraute Treugut innehat und es beispielsweise entgegen dem ausdrücklichen Willen des Fiduzianten an einen Dritten gültig veräussern kann.² An die Treuepflicht des Treuhänders, der ja in erster Linie die Interessen seines Mandanten zu wahren hat, müssen deshalb zwangsläufig besonders hohe Anforderungen gestellt werden. Sie verpflichtet den Fiduziar, neben den eigentlichen Ausführungshandlungen alle Tätigkeiten an den Interessen seines Mandanten auszurichten; alles zu tun, was zur Erzielung des bezweckten Erfolges notwendig ist, und alles zu unterlassen, was den Fiduzianten schädigen könnte.³

¹ Klausning RVH 3 371, R.Keller 9, Rüegg 91, Wälli 63

² Leemann N.50 zu 714, Palandt vor §929 N7Ba, Siebert 149 ff, Gubler 258a ff; ferner von Kries 1 ff und Maday SJK 733 I

³ Bergmaier 69, 175, Rüegg 90, Oftinger syst. Teil N.296, Gautschi N.5 zu 398, Guhl 131

Jede Handlung oder Massnahme gegen das Interesse des Fidu-
zianten stellt demzufolge eine Verletzung der Treue-
pflicht dar, welche die Haftung des Fiduziars⁴ begründet.
Damit ist aber nicht unbedingt ein Ausgleich gewährlei-
stet: Eine aus der Treuepflicht resultierende Verpflich-
tung des Fiduziars zu einem Tun oder Unterlassen kann
als solche nicht vollstreckt werden. Verstösst der Fidu-
ziar gegen seine Treuepflicht, so erwächst dem Fidu-
zianten lediglich eine Forderung auf Ersatz des Schadens ge-
mäss OR 398 II, welche regelmässig eine Kumulation von
Delikts- und Vertragsansprüchen beinhaltet⁵. Als Delikt⁶
kommen dabei die ungetreue Geschäftsführung (StGB 159)
und die Veruntreuung (StGB 140, 142) in Frage⁷, nicht
aber die Verletzung von Amts- oder Berufsgeheimnissen
(StGB 320, 321), da der Fiduziar nicht als Täterschaft⁸
dieser beiden Tatbestände auftreten kann.
Auch das Bankgeheimnis⁹ bietet nicht unbeschränkten Schutz
vor dem Bekanntwerden geheim zu haltender Tatsachen¹⁰, weil
die Kantone die dem Bankgeheimnis verpflichteten Personen
der Zeugnis- und Akteneditionspflicht unterstellen kön-
nen. Gegenüber Gerichten und Verwaltungsbehörden kann
sich der Fiduziar deshalb nicht auf die Schweigepflicht
berufen; andererseits kann er aber für erzwungene Ver-
letzungen der Schweige- und damit der Treuepflicht nicht

⁴ nach OR 398 II. BGE 81 II 231

⁵ Gautschi N.2a zu 398

⁶ Wälli 64

⁷ vgl. oben S. 58, 67, 72

⁸ Wälli 64

⁹ Rüegg 103

¹⁰ Gautschi N.16b zu 398

schadenersatzpflichtig gemacht werden.

2. Ein wesentliches Merkmal der Treuepflicht besteht darin, dass sie - dies im Gegensatz zur Sorgfaltspflicht - auch solche Wirkungen zeitigt, die sich über die Dauer des Vertragsverhältnisses hinaus erstrecken. Damit ist nicht nur das Verhalten des Fiduziars während, sondern auch dasjenige nach der Erfüllung der eigentlichen Ausführungsobligation dem Interesse des Fiduzianten zu unterstellen. Denn "jede durch Untreue bewirkte Vermögensschädigung, sogar das durch Untreue verursachte Ausbleiben von Gewinn erfüllt das Requisit der Schädigung"¹¹, wobei zum Vermögen alle "vermögenswerten Interessen des Geschäftsherrn"¹² zu zählen sind. Aber auch nicht vermögenswerte Interessen des Fiduzianten können verletzt werden und damit zu einer Schadenersatzforderung gegen den Treuhänder führen. Die Interessen des Fiduzianten sind erst dann genügend berücksichtigt, wenn der Fiduziar so handelt, dass der angestrebte und vom Auftraggeber gewollte Erfolg womöglich eintritt und er diejenigen Handlungen unterlässt, die dem Fiduzianten zum Nachteil gereichen können¹³. Verletzt der Treuhänder diesen Grundsatz durch objektiv fehlerhafte Tätigkeit, so kann daraus beim Vorliegen einer schuldhaften Herbeiführung des Schadens eine Ersatzforderung entstehen¹⁴.

¹¹ BGE 80 IV 247 zu ungetreuer Geschäftsführung

¹² BGE 81 IV 280

¹³ vgl. aber BGE 63 II 240, wo die Haftung einer Bank trotz Unterlassung einer sich aufdrängenden Verwaltungshandlung verneint wird.

¹⁴ Gautschi N.4b zu 398

Aus dieser Ueberlegung ergibt sich die Feststellung, dass sowohl der Selbsteintritt als auch die Doppelvertretung durch den Fiduziar im allgemeinen¹⁵ als Verletzungen der Treuepflicht zu qualifizieren sind.¹⁶

Ein weiterer Ausfluss aus der Treuepflicht liegt in der Pflicht des Fiduziars, Weisungen des Fiduzianten zu befolgen, denn dessen Wille muss als oberste Ausführungsvorschrift über alle anderen Interessen, also auch über diejenigen des Fiduziars, gestellt werden. Aus diesem Grunde ist auch eine unzumutbare Weisung zu befolgen, wenn feststeht, dass der Fiduziant auf ihrer Ausführung beharrt, obschon er vom Fiduziar auf deren Unzumutbarkeit aufmerksam gemacht wurde. In diesen Fällen kann sich der Treuhänder einzig durch die rechtzeitige Niederlegung des Mandats von seiner Ausführungspflicht befreien.¹⁷ Vom obersten treuhänderischen Ausführungsprinzip, nämlich der Erhaltung und Mehrung des anvertrauten Vermögens, darf der Fiduziar nur beim Vorliegen einer klaren und eindeutigen diesbezüglichen Willensäusserung des Treugebers abweichen, weil sonst eine Verletzung der Treuepflicht vermutet werden muss.¹⁸

3. Jede Verletzung der Treuepflicht hat die Entstehung eines Vertrauensschadens¹⁹ zur Folge, wobei als schädigendes Ereignis das "Setzen eines unzutreffenden Vertrauenstatbestan-

¹⁵ Eine Verletzung der Treuepflicht liegt aber nicht in jedem Falle der Doppelvertretung oder des Selbstkontrahierens vor (vgl. das Beispiel bei Wälli 63)

¹⁶ Gautschi N.6c zu 398

¹⁷ oben S. 52 ff

¹⁸ Gautschi N.3b zu 398

¹⁹ Anex 103 ff, Wälli 64

des²⁰ " zu verstehen ist. Massgebender Zeitpunkt für die Schadensberechnung ist der Vertragsschluss²¹; bei der Schadensberechnung stellt sich die Frage nach der hypothetischen Höhe des Vermögens des Geschädigten, wenn er sich überhaupt nicht auf diesen Vertrag eingelassen und auf dessen Erfüllung vertraut hätte.

Als qualifizierter Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung setzt die Veruntreuung (StGB 140) beim subjektiven Tatbestand eine Bereicherungsabsicht des Täters voraus. Diese fehlt aber, soweit der Täter bereit und fähig ist, den entstandenen Schaden zu ersetzen²². In Analogie zu dieser strafrechtlichen Betrachtungsweise gilt nach OR 397 II der Auftrag als erfüllt, wenn der Beauftragte den entstandenen Schaden zu übernehmen bereit und fähig ist.²³

Zur Begründung einer vertraglichen Haftung genügt im allgemeinen jedes Verschulden (OR 99I), also insbesondere auch Fahrlässigkeit. Anders jedoch im Strafrecht: gemäss StGB 18 muss zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes eine vorsätzliche Begehung der Vergehen oder Verbrechen vorliegen, sofern nicht auch die fahrlässige Begehung der Tat unter Strafandrohung gestellt ist. Dies ist aber sowohl bei der Veruntreuung als auch bei der ungetreuen Geschäftsführung nicht der Fall: nur die vorsätzliche

²⁰ v.Tuhr/Siegwart I 78 f

²¹ BGE 47 II 188

²² BGE 77 IV 12, 91 IV 133

²³ Gautschi N.7a zu 398

Begehung dieser Delikte führt zu einer Bestrafung des Täters. Handelte er fahrlässig, so ist dies strafrechtlich irrelevant, obwohl eine Vertragsverletzung stattgefunden hat. Umgekehrt führt die vorsätzliche und unerlaubte Verwendung des anvertrauten Treugutes zu eigenen Zwecken zur Bestrafung des Täters wegen Veruntreuung, obwohl das anvertraute Geld, wenn es für einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck gegeben wurde, nicht zurückgegeben werden muss (OR 66)²⁴.

4. Mass der Schadenersatzpflicht

Der durch Veruntreuung oder ungetreue Geschäftsführung entstandene Vermögensschaden ist in der Regel leicht feststellbar. Hingegen bereitet die ziffernmässige Bestimmung des Vertrauensschadens, der etwa durch Geheimnisbruch entstanden ist, oft grosse Schwierigkeiten und ist nach den Grundsätzen über die Verletzung von Persönlichkeitsrechten vorzunehmen²⁵; der Eintritt des Schadens ist zu vermuten.²⁶

Beweislast

Eine Verletzung der Treuepflicht ist als vertragswidrige Handlung ausserhalb des Auftragsrahmens, ausserhalb der eigentlichen Vertragserfüllung, aufzufassen. Es geht dabei nicht um Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung,²⁷

²⁴ Gautschi N.7c zu 398

²⁵ Gautschi N.19c zu 398

²⁶ Oftinger I 176

²⁷ Wälli 63

und ein Schaden kann insbesondere auch unabhängig vom Eintritt des Auftragserfolges eintreten.²⁸

Trotz des Randtitels ist die Verweisung auf das Arbeitsrecht nur bezüglich der Sorgfaltspflicht gültig, nicht aber bezüglich der Treuepflicht des Fiduziars. Insbesondere besteht kein Konkurrenzverbot für den Fiduziar, wogegen der Arbeitnehmer zum Teil sehr weitgehenden diesbezüglichen Beschränkungen unterworfen ist.²⁹

Der Fiduziant, welcher neben der eigentlichen Auftragserfüllung noch eine Entschädigung für einen erlittenen Vertrauensschaden verlangt, wird deshalb beweispflichtig für die Untreue, den Kausalzusammenhang, den Schaden sowie dessen Höhe gemäss ZGB 8.

Verjährung

Die Verjährung für Forderungen aus unerlaubter Handlung (OR 41 ff) richtet sich bei Veruntreuung und ungetreuer Geschäftsführung nach der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung und beträgt in diesen Fällen fünf Jahre seit der Begehung der letzten Veruntreuungshandlung bzw. ungetreuen Geschäftsführung (StGB 70, 71, 140, 159).

Die Verjährung des vertraglichen Ersatzanspruches beträgt dagegen 10 Jahre seit der Fälligkeit der Schadenersatzforderung (OR 127, 130). Aus diesen Gründen hat der

²⁸ Wälli 63

²⁹ Gautschi N.19c zu 398

geschädigte Fiduziant sich von Fall zu Fall zu entscheiden, ob er seinen Schadenersatzanspruch aus Vertrag oder unerlaubter Handlung herleiten will; denn einerseits unterliegt der Deliktsanspruch einer kürzeren Verjährung und der Kläger hat das Verschulden zu beweisen, andererseits kann dem Strafkkläger die Untersuchung des Tatbestandes durch die Strafverfolgungsbehörden abgenommen werden, welche den Sachverhalt von Amtes wegen ermitteln müssen.³⁰

³⁰ Gautschi N.12b zu 398

hh Verwertungspflicht

Nachdem der Fiduziant seine Schuldpflicht aus einer Sicherungsfiduzia erfüllt hat, besteht eine Pflicht des Fiduziars, die zu Sicherungszwecken Übertragene Sache oder Forderung auf den Fiduzianten zurück zu übertragen¹.

Die Sicherungstreuhand wird regelmässig durch eine Vereinbarung für den Fall charakterisiert, dass der Treuhänder nicht rechtzeitig befriedigt wird, sei es durch den Fiduzianten oder durch einen dazu verpflichteten Dritten². Gemäss dieser Vereinbarung ist der Fiduziar in einem solchen Falle berechtigt, das zur Sicherung seiner Gegenforderung Übertragene Treugut nicht abzuliefern, sondern es zu verwerten.³ Tut er dies, so hat er eine Abrechnung über den Verwertungserlös vorzulegen.⁴

Erfüllt der Fiduziant seine vertragliche Pflicht nicht vereinbarungsgemäss, so besteht für den Fiduziar sogar eine Pflicht,⁵ den anvertrauten Gegenstand zu verwerten und sich aus dem Verwertungserlös zu befriedigen. Erst wenn seine Forderungen durch den Verwertungserlös nicht mehr gedeckt werden, kann er auch gegen das restliche Vermögen des Fiduzianten vorgehen⁶.

Auch in dem Falle, da der Fiduziar nicht rechtzeitig be-

¹ Strebel 24, Oftinger syst. Teil N.235, 250; ferner v.Tuhr/Escher II 164

² Bergmaier 176

³ Einen allfälligen Mindererlös hat der Fiduziant zu ergänzen (Blass 166)

⁴ Gautschi N.28c zu 400

⁵ Blass 165

⁶ Rüede 95 f

friedigt wird, darf er das Treugut nicht einfach behalten, sondern er hat es zu verwerten und einen über seine Forderung steigenden Teil des Erlöses abzuliefern, es sei denn, es läge eine ausdrückliche vertragliche Bestimmung vor, welche den Fiduziar berechtigen würde, das Treugut zu behalten und einen allfälligen Wertüberschuss über den Forderungsbetrag zurück zu erstatten.⁷

⁷ Blass 165, Rüede 96

B Pflichten des Fiduzianten

aa Zahlung des Honorars

1. Das im römischen Recht ganz auf die fides gegründete mandatum stand grundsätzlich im Zeichen der Unentgeltlichkeit. Allerdings führten schon bald gesellschaftliche Zwänge zur Bezahlung eines honorariums, welches schliesslich in der spätklassischen Zeit im kaiserlichen Kognitionsverfahren sogar gerichtlich geltend gemacht werden konnte. Im nachklassischen Recht wurde überhaupt nicht mehr am Grundsatz der Unentgeltlichkeit des Auftrags festgehalten, und erst unter Justinian gelang die Wiedereinführung der klassischen Mandatskonzeption:¹ als mandatum wurden fortan nur noch unentgeltliche Gefälligkeitsdienste bezeichnet, aus welchen der Beauftragte keine Vermögensvorteile ziehen durfte.

Im Code Napoléon wurde dem einen Rechtsdienst leistenden Beauftragten wiederum ein klagbarer Honoraranspruch zugestanden, vorausgesetzt, die Parteien hatten ein Entgelt zuvor vereinbart.² Damit wurde das seit Justinian bestehende Unentgeltlichkeitsprinzip erneut durchbrochen.³ Noch viel weiter als der Code Napoléon geht aber unser schweizerisches Obligationenrecht, welches dem Beauftragten⁴

¹ Kaser 183

² Art. 1986 des Code Napoléon

³ Gautschi N72a zu 394

⁴ Entgeltlichkeit ist aber weder für den Auftrag noch für das fiduziarische Rechtsgeschäft begriffswesentlich (vgl. Schönenberger/Jäggi N.116 zu Art 1)

selbst dann einen Anspruch auf Vergütung einräumt, wenn eine solche nicht vereinbart wurde, sondern nur als üblich gilt⁵ (OR 394 III).⁶

2. Diese Anpassung der Mandatskonzeption an wirtschaftliche Realitäten zeitigt allerdings eine wichtige und unerwünschte Nebenfolge: während die Auftragsbesorgung im klassischen römischen Recht als reiner Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienst im ausschliesslichen Interesse des Auftraggebers erfolgte, spielt heute ein wesentliches eigenes Interesse des Beauftragten an der Erzielung eines höchstmöglichen Einkommens bei der Geschäftsbesorgung mit. Dieses konkurrierende eigene Interesse mag den einen oder anderen Beauftragten dazu verleiten, im Sinne einer Gewinnmaximierung den Aufwand bei der Auftragsausführung möglichst niedrig zu halten. Vor allem die gewerbsmässige Auftragsbesorgung und der daraus resultierende wirtschaftliche Konkurrenzdruck tragen ein weiteres zur Verstärkung dieser Tendenz bei.⁷ So ist es heute im allgemeinen der Beauftragte, der aus dem Auftragsverhältnis die meisten Vorteile zieht, und der unvollkommen zweiseitige Charakter derartiger Rechtsbeziehungen wandelt sich mehr und mehr in Richtung der vollkommen zweiseitigen Verträge. Um dieser Entwicklung einigermaßen Rechnung zu tragen, wird der Richter geneigt sein, einen dem Beauftragten aus der

⁵ Gerstle 51, R.Keller 66

⁶ vgl. aber BGB §§ 662 ff, wonach im deutschen Recht der Auftrag (im Gegensatz zur gesondert behandelten Geschäftsbesorgung) von Gesetzes wegen unentgeltlich ist. (vgl. ferner Ammann 39)

⁷ Oft wird versucht, dieser Tendenz durch Vereinbarung eines Erfolgshonorars zu begegnen (vgl. Liebich 116)

professionellen Geschäftsbesorgung erwachsenden Schaden als "risque professionnel" entgegen OR 402 II nicht auf den Auftraggeber zu Überwälzen.⁸

Eine weitere Unterscheidung zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Auftrag ergibt sich aus OR 99 II. Demnach wird die Haftung des unentgeltlich Beauftragten milder beurteilt als die Haftung des Beauftragten, dem ein Vergütungsanspruch zusteht.⁹ Diese Haftungsmilderung darf aber insbesondere nicht mit einer Herabsetzung der an die Sorgfaltspflicht gestellten Anforderungen verwechselt werden.

Die Vereinbarung des Honorars kann bis zur Beendigung und Liquidation des Auftragsverhältnisses jederzeit erfolgen. Allerdings ist eine stillschweigende Vereinbarung nicht möglich,¹⁰ weil Stillschweigen über den Vergütungsanspruch die Vermutung eines unentgeltlichen Auftrags herbeiführt. Ist allerdings eine Vergütung "üblich", so erwirbt der Beauftragte trotz fehlender Vereinbarung¹¹ einen Honoraranspruch gegen den Auftraggeber (OR 394 III), denn genehmigt dieser eine Dienstleistung, "deren Entgeltlichkeit aus der Übung resultiert, so gibt er auch sein Einverständnis, dass ihm eine Honorarrechnung präsentiert wird, die im Mass der Übung, also i.d.R. einem Tarif, entspricht".¹²

⁸ Gautschi N.37a zu 394

⁹ Neuenschwander 80 ff

¹⁰ Eine Zuwendung ohne ausdrückliche Vereinbarung wäre als Schenkung zu beurteilen (Wälili 79).

¹¹ Die Übliche Entschädigung ist nur dann als Kriterium zur Bestimmung des Honorars heranzuziehen, wenn "die Arbeiten ... den an sie zu stellenden Anforderungen" entsprechen (SJZ 63 192)

¹² Gautschi N.81 zu 394

Eine Vereinbarung, welche zwar einen Honoraranspruch nennt, sich aber über die Höhe desselben ausschweigt, bewirkt, dass eine der "richtigen (OR 402 I), d.h. weisungsgemässen (OR 397), sorgfältigen und getreuen (OR 398 II) Ausführung angemessene Vergütung zu leisten ist, die im Streitfalle vom Richter bestimmt wird"¹³.

Denkbar und zulässig sind für fiduziarische Rechtsgeschäfte verschiedene Arten zur Bestimmung der Vergütungshöhe. Man denke an Pauschalvergütungen, Vergütungen nach Zeitaufwand, Erfolgshonorare u.s.w.; Grenzen liegen insbesondere in OR 20 (Sittlichkeit) und OR 21 (Uebervorteilung; vgl. dazu auch StGB 157, Wucher).¹⁴

4. Für die meisten der heute in der Schweiz getätigten Auftragsausführungen bildet der Vergütungsanspruch des Beauftragten den Hauptbestandteil der actio mandati contraria.¹⁵ Voraussetzung für die Erhebung dieses Anspruchs bildet allerdings die richtige Ausführung¹⁶ des Auftrags;¹⁷ Fälligkeit und Erlöschen des Anspruchs werden vom typischen auftragsrechtlichen Beendigungsgrund (Tod, Widerruf etc.) beeinflusst.

Fehlt zur genauen Bestimmung des Masses eine entsprechende Vereinbarung und lässt es sich auch nicht aus der Uebung bestimmen, so muss der Richter die Vergütung nach seinem Ermessen bestimmen, wobei er zwischen der Dienstleistung

¹³ Gautschi N.75 zu 394

¹⁴ Wälli 80

¹⁵ Gautschi in SJZ 54 253

¹⁶ Guhl 435, Wälli 79

¹⁷ Wobei in der Regel das Honorar auch ohne den Eintritt des gewünschten Erfolges geschuldet ist (Staehelin 62)

und dem Honorar ein vernünftiges Verhältnis herzustellen hat. In erster Linie muss dabei der Umfang der tatsächlich geleisteten Arbeit und die übernommene Verantwortung berücksichtigt werden, aber auch der Wert der betreuten Interessen¹⁸ darf nicht ausser Acht bleiben.

¹⁸ SJZ 63 192

bb Verwendungs- und Auslagenersatz

1. Die actio mandati contraria des Beauftragten umfasst neben einem vereinbarten oder üblichen Honoraranspruch aus OR 394 III noch weitere, in OR 402 aufgeführte Pflichten¹ des Auftraggebers. Darunter fallen einerseits die Verpflichtung, angefallene Auslagen, Verwendungen und Schäden zu ersetzen² und andererseits die Pflicht, den Beauftragten von eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien.³ Erst nach der richtigen Erfüllung all dieser in der actio mandati contraria vereinten Verbindlichkeiten kann im fiduziarischen Rechtsgeschäft der Uebergang der Rechte an Forderungen und (unter Vorbehalt eines allfälligen Retentionsrechtes) an beweglichen Sachen gefordert werden; dasselbe gilt für das besondere Aussonderungsrecht des Fiduzianten gegenüber der Masse im Konkurse des Fiduziars (OR 401).
Bei allen Ansprüchen aus der actio mandati contraria handelt es sich um Ansprüche aus Vertrag. Ihre Erhebung hängt deshalb von der Gültigkeit des Vertrages ab, wofür der Beauftragte die Beweislast trägt (ZGB 8). Die falsche Annahme eines gültigen Auftragsverhältnisses kann auch bei gutem Glauben des Beauftragten nicht zur Entstehung eines gültigen Auftrags führen; allenfalls besteht jedoch für

¹ vgl. R.Keller 66

² Armann 39

³ s. unten S. 107 ff

den Beauftragten die Möglichkeit, seine Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 419) oder aus ungerechtfertigter Bereicherung (OR 62) herzuleiten. Die in richtiger Ausführung⁴ des Auftrags entstandenen Schäden sowie die dabei getätigten Auslagen und Verwendungen können als Vermögensminderungen betrachtet werden.⁵ Dabei ist zu berücksichtigen, dass Schäden ohne, Auslagen und Verwendungen aber mit dem Willen des Auftraggebers eine solche Vermögensminderung herbeiführen.⁶ Wurde der Auftrag richtig (d.h. nach dem Willen und im Interesse des Auftraggebers) ausgeführt, so erwirbt der Fiduziar einen Anspruch auf Ersatz aller Auslagen und Verwendungen, selbst wenn seine Geschäftsbesorgung kostspielig, verlustbringend oder erfolglos war.⁷

2. Verwendungen

Dieser Ausdruck erscheint im schweizerischen Privatrecht in verschiedenen Rechtsinstituten, so bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, im Auftrag, bei der ungerechtfertigten Bereicherung; vor allem aber im Sachenrecht. So hat der gutgläubige Besitzer gemäss ZGB 939 ein Retentionsrecht an notwendigen und nützlichen Verwendungen; *impensae luxuriosae* darf er von der Hauptsache trennen, sofern dies ohne Beschädigung derselben geschehen kann.

⁴ "richtige Ausführung" erfolgt unabhängig vom Erfolgseintritt (Staelin 62)

⁵ Rüede 74

⁶ Verwendungs- und Schadenersatz sind nicht zu verwechseln. Der Fiduziant kann sich insbesondere gegenüber Schadenersatzforderungen exkulpieren (Wälli 77,79)

⁷ Gautschi N.10a zu 402

Andernfalls hat er seine Verwendungen bei der Hauptsache zu belassen oder muss diese nach der Wegnahme auf eigene Rechnung reparieren.

Der bösgläubige Besitzer kann dagegen nur den Ersatz notwendiger Verwendungen fordern (ZGB 940).

In Analogie zum Sachenrecht hat auch der ungerechtfertigt Bereicherte das ius tollendi an luxuriösen Verwendungen; notwendige und nützliche Verwendungen müssen ihm ebenso ersetzt werden, wenn er beim Empfang der Bereicherung gutgläubig war. Ist er aber zu jenem Zeitpunkt nachweislich nicht in gutem Glauben gewesen, so sind ihm neben den notwendigen Verwendungen die nützlichen nur soweit zu ersetzen, als sie zur Zeit der Rückerstattung noch einen Minderwert darstellen (OR 65).

Ebenso erwirbt der Geschäftsführer bei der echten Geschäftsführung ohne Auftrag einen Ersatzanspruch für notwendige und nützliche Verwendungen sowie das ius tollendi für die übrigen Verwendungen.⁸

Die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag, welche im Interesse des Geschäftsführers erfolgte, muss vom Geschäftsherrn nicht genehmigt werden. Tut er dies trotzdem, so ist er zur Ersatzleistung nur insofern verpflichtet, als er bereichert ist (OR 422, 423).⁹

Diese Kette wird im Auftragsrecht dahingehend erweitert,

⁸ OR 422 I

⁹ Gautschi N.10a zu 402

dass dem Beauftragten alle Verwendungen und Auslagen zu ersetzen sind, welche er in richtiger Ausführung des Auftrags tätigte.¹⁰ Der Verwendungsersatz hat die ganze Vermögensminderung des Fiduziars im Zeitpunkt der Ersatzleistung auszugleichen.¹¹ Somit sind ihm auch luxuriöse Verwendungen zu ersetzen, soweit sie in richtiger Ausführung des Auftrags, also gemäss dem ausdrücklichen oder mutmasslichen Willen des Fiduzianten, gemacht wurden. Nicht vereinbarte luxuriöse Verwendungen sind als Auftragsüberschreitung zu behandeln. Deshalb kommen auf sie die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung; nimmt der Auftraggeber die luxuriösen Verwendungen an und genehmigt damit die auftragslose Geschäftsführung, so muss er sie ersetzen. Verweigert er jedoch die Genehmigung, so steht dem Fiduziar das *ius tollendi* zu und er kann die Verwendungen von der Sache trennen¹² (OR 422).

Die unterschiedlichen Bezeichnungen in OR 422 ("... alle Verwendungen, die...") und OR 402 ("... Auslagen und Verwendungen, die dieser in richtiger Ausführung des Auftrags...") sind juristisch unerheblich; gemeint sind damit Vermögens-, insbesondere Geldopfer, die der Fiduziar in guten Treuen zur Erreichung des Auftragserfolges als erforderlich erachten durfte.¹³

¹⁰ Bergmaier 187, R.Keller 66, Blass 166, Rüede 73

¹¹ v.Tuhr, *actio de in rem verso*, 71, 73

¹² v.Tuhr/Sieggwart I 120 ff

¹³ BGE 59 II 253; Wälli 77, v.Tuhr/Sieggwart I 120

Nicht als Auslagen oder Verwendungen erhoben werden können sogenannte Generalunkosten für Löhne, Einrichtungen und Büromiete, berufliche Hilfsmittel etc., denn diese sind vom Beauftragten selber aus eigenem Vermögen zu tragen.¹⁴

3. Richtige Auftragsausführung

Ein Auslagen- oder Verwendungsersatz kann nur dann gefordert werden, wenn der Ausführende seinen Auftrag auch richtig ausgeführt hat.¹⁵ Der Auftrag muss also vertrags- und weisungsgemäss erfüllt worden sein, und der Beauftragte muss sowohl seine Sorgfalts- als auch seine Treuepflichten erfüllt haben.

Führte der Fiduziar einen ganz andern als den erwünschten und vereinbarten Auftragserfolg herbei, so entsteht eine Schadenersatzpflicht des Beauftragten, und seine Ansprüche aus der *actio mandati contraria* kommen gar nicht erst zur Entstehung.

Wurde hingegen einfach der Rahmen des Auftrags überschritten und das zu erwerbende Bild zu einem höheren als dem vereinbarten Preis gekauft, so kann der Fiduziar die Differenz übernehmen und erfüllt damit seinen Auftrag richtig (OR 428 I); auf seine Geschäftsführung kommen die Vorschriften über den Selbsteintritt im Auftrag zur Anwen-

¹⁴ Gautschi N.11a zu 402

¹⁵ Rüede 73, Wälli 77

dung (OR 397 II).

Behauptet der Fiduziant, der Auftrag sei unrichtig erfüllt worden, so trägt er dafür die Beweislast; er hat die Vermutung der richtigen Auftragsausführung zu widerlegen. Der Auslagen- und Verwendungsersatzanspruch entsteht nur bei richtiger Ausführung des Mandats, weshalb ein vom Fiduzianten behauptetes Verschulden sich auf die Geschäftsführung zu beziehen hat.¹⁶

Begeht der Fiduziar eine Veruntreuung, so muss damit auch seine Ablieferungspflicht verletzt worden sein, nicht aber unbedingt die Ausführungspflicht. Hat der Fiduziar seinen Auftrag richtig ausgeführt, kann aber den Auftrags-erfolg nicht abliefen, weil er ihn veruntreut hat, so kann er für die entstandenen Auslagen und Verwendungen dennoch Rechnung stellen.

Hingegen wird die Ausführungspflicht nicht gehörig erfüllt durch ungetreue Geschäftsführung, unzulässige Doppelvertretung und verbotenes Selbstkontrahieren.¹⁷ In diesen Fällen entsteht die *actio mandati contraria* gar nicht, es sei denn, der Fiduziant genehmige das ungültige Ausführungsgeschäft.

Dasselbe gilt für Sorgfaltsverletzungen. Führen diese zu einer fehlerhaften Ausführung, liegt keine gehörige Auftragserfüllung vor, und die an die richtige Auftragsausführung gebundene *actio mandati contraria* ist gar nicht

¹⁶ Gautschi N.9c zu 402

¹⁷ BGE 71 IV 125, 80 IV 247, 81 IV 276

entstanden.

4. Fälligkeit und Verzinsung

Mit der Entstehung des Anspruches auf Ersatz von Auslagen und Verwendungen wird der dafür in Rechnung gestellte Betrag fällig ohne weitere Mahnung. Der Fiduziant kommt in Verzug, wenn er nicht sofort erfüllt; die gegenseitigen Leistungen von Fiduziar und Fiduziant sind Zug um Zug¹⁸ zu erbringen, wobei Abzahlungs- und Stundungsvereinbarungen zulässig sind, in der Praxis aber nur selten getroffen werden.

Ersatz kann selbstverständlich nur für tatsächliche Auslagen und Verwendungen verlangt werden. Dass es sich um solche handelt, hat der Fiduziar zu beweisen (ZGB 8).

OR 402 I verpflichtet den Fiduzianten, den Verwendungs- und Auslagenersatz zu verzinsen.¹⁹ Es handelt sich dabei nicht um einen Verzugszins wie bei andern Geldforderungen, sondern um einen Teil des Verwendungsersatzes. Die Verzinsung hat von dem Zeitpunkt an zu erfolgen, in welchem die Verwendungen tatsächlich gemacht wurden. Aus diesem Grunde entfällt die Verzinsungspflicht, wenn die Verwendungen schon im voraus gedeckt wurden, denn dann entfällt ja die durch die Verzinsung auszugleichende Vermögensminderung beim Fiduziar.²⁰ Eine vorgängige Deckung,²¹ welche die

¹⁸ BGE 78 II 55, 94 II 267

¹⁹ Rüede 74, Wälli 77

²¹ Die Fälligkeit des Ersatzanspruches kann von den Parteien vorverlegt oder hinausgeschoben werden (BGE 78 II 51)

²⁰ Gautschi N.14a zu 402

Kosten für die Auslagen und Verwendungen überschreitet, ist dem Fiduzianten abzuliefern, und der Fiduziar hat über die Verwendung des Deckungsbetrages²² genau abzurechnen.

²² Insbesondere da, wo grössere Auslagen vorauszusehen sind, wird der Fiduziar die vorgängige Deckung verlangen (Wälli 77)

cc Befreiungspflicht

1. Ein weiterer Anspruch des Fiduziars ergibt sich daraus, dass oft nicht nur Rechte im eigenen Namen, sondern auch Verbindlichkeiten an der Stelle des Fiduzianten einzugehen sind, für die der Fiduziar dem Dritten alleine haftet. Von solchen Verpflichtungen hat ihn der Fiduziant zu befreien, vorausgesetzt, die Verbindlichkeiten wurden in richtiger Ausführung des Auftrages eingegangen.¹
Der schon dem römischen Recht geläufige Befreiungsanspruch entspringt der Ueberlegung, dass dem Beauftragten aus der Auftragsausführung weder Gewinn noch Schaden erwachsen sollte.² Dem Gebot der Billigkeit entsprechend muss deshalb der Fiduziar von übernommenen Verpflichtungen befreit werden, weil er ja auch erworbene Rechte gemäss OR 400 I abzutreten hat.
2. Der Befreiungsanspruch entsteht in dem Augenblick, da der Fiduziar in richtiger Auftragsausführung tatsächlich eine Verpflichtung entsprechend dem Willen des Fiduzianten, aber in eigenem Namen eingegangen ist.³
Ausnahmsweise muss jedoch von dieser Regel abgewichen werden, wenn der Fiduziar eine Verbindlichkeit vereinbarungsgemäss für längere Zeit in eigenem Namen zu halten hat. Dies wird etwa dann der Fall sein, wenn der Fiduziar bei-

¹ Wälli 78

² Gautschi N.16a zu 402

³ BGE 78 II 51

spielsweise eine Liegenschaft einesteils mit dem Geld des Fiduzianten, andernteils aber unter Aufnahme eines hypothekarisch gesicherten Bankkredites in eigenem Namen zu erwerben hatte und sich ferner verpflichtete, die so erworbene Liegenschaft mit möglichst niedrigem Aufwand über die Kriegsjahre zu erhalten.⁴ In solchen Fällen ist der Fiduziar erst nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien. Erfüllt der Fiduziar die eingegangene Verpflichtung selber, so verwandelt sich der Befreiungsanspruch in eine Forderung auf Auslagenersatz. Dies ist etwa auch bei der Verrechnung einer Schuld gegen den Beauftragten der Fall.⁵

3. Der Befreiungsanspruch soll den Fiduziar vor Schaden bewahren. Aus diesem Grunde fällt die Befreiungspflicht weg, wenn der Anspruch des Dritten gegen den Fiduziar aus einem andern Grunde als der Erfüllung entfällt wie etwa der Verjährung oder dem Erlass der Forderung. Schliessen nicht die Natur des Geschäftes oder eine vertragliche Abmachung diese Möglichkeit aus, so kann der Fiduziant bei Fälligkeit der Schuld oder Ablehnung der Schuldübernahme durch den Gläubiger wählen zwischen einer direkten Leistung an den Gläubiger und der Deckung des Anspruchs durch den Fiduzianten.⁶ Entfällt eine dieser beiden Alternativen, weil etwa die Treuhand zur Verdeckung⁷

⁴ Rüede 96

⁵ Gautschi N.16b zu 402

⁶ OR 72

⁷ Wälli 78

der Person des Fiduzianten eingegangen wurde und dieser in keiner Weise direkt mit dem Gläubiger in Verbindung treten will, so kann der Fiduziar seinen Auftraggeber auf Leistung der Deckungssumme betreiben bzw. verklagen. In den übrigen Fällen kann der Fiduziar bei richtiger Ausführung mit Alternativklage die Leistung an sich selbst oder an den Drittgläubiger verlangen.

Der Dritte muss die Leistung des Fiduzianten annehmen; die Erfüllung ist dabei auch vor der Fälligkeit zulässig (OR 81).⁸

Der Befreiungsanspruch des Fiduziars wird nur durch private, nicht durch kumulative Schuldübernahme richtig erfüllt, weil nur jene eine völlige Befreiung des alten Schuldners herbeiführt.⁹ Der Fiduziant hat sich darüber mit dem Gläubiger in einem besonderen Vertrag zu einigen, ohne dass jedoch eine Möglichkeit besteht, den Gläubiger zu diesem Vertrag zu zwingen.

4. Verzichtet der Fiduziant auf die direkte Leistung an den Gläubiger,¹⁰ entsteht der Deckungsanspruch des Fiduziars, sobald er eine Verpflichtung in eigenem Namen und in richtiger Auftragsausführung eingegangen ist.¹¹

Die Höhe des meistens in einer Geldforderung bestehenden Deckungsanspruches bestimmt sich nach der voraussichtlichen Schuldhöhe. Ist die Deckung nicht ausreichend, so erwirbt

⁸ Gautschi N.14d zu 402

⁹ OR 176; vgl. dazu aber Wälli 78

¹⁰ Weil er sich dem Gläubiger etwa nicht zu erkennen geben will (Wälli 78)

¹¹ Oft wird aber die Deckung auch in Form eines Vorschusses geleistet

der Fiduziar einen Nachdeckungsanspruch; bei zu hoher Deckung ist der Restbetrag gemäss OR 400 I zurück zu erstatten. In jedem Falle hat der Fiduziar aber über die Deckung abzurechnen, denn obwohl er am Deckungsgeld Eigentum erwirbt, erfüllt er bei einem Gebrauch zu eigenen Zwecken den Tatbestand der Veruntreuung, wenn er den Betrag nicht auf Verlangen jederzeit zurückerstatten kann.¹²

¹² vgl. oben S. 67

dd Schadenersatzpflicht

1. Der Fiduziant ist dazu verpflichtet, dem Fiduziar den Schaden zu ersetzen, der diesem anlässlich der richtigen Auftragsausführung¹ erwachsen ist.² Wesentlich ist dabei, dass es sich bei diesem Schaden nicht um einen solchen aus Vertragsverletzung handelt, sondern dass er dem Fiduziar aus der Erfüllung des übernommenen Auftrages erwachsen sein muss.

Das römische Recht, welches in der klassischen Mandatsstruktur von einer unentgeltlichen Geschäftsführung im Interesse des Auftraggebers ausging, begründete die Schadenersatzpflicht des Auftraggebers mit folgenden Ueberlegungen: Nutzen und Gefahr aus dem Mandatsverhältnis fallen grundsätzlich beim Auftraggeber an. Solange deshalb die Geschäftsführung in richtiger Erfüllung der auferlegten Pflichten erfolgte, muss der Mandant grundsätzlich auch eine erfolglose Auftragsausführung annehmen. Geschuldet ist eben nicht ein Erfolg wie etwa im Werkvertrag, sondern "nur" die Beachtung der Sorgfalt und Treue, welche zur Herbeiführung des gewünschten Erfolges geeignet sind.

Dieser Grundsatz, nach welchem eine sich aus der Geschäftsführung ergebende Bereicherung in jedem Falle an den Auf-

¹ Armann 40, R.Keller 66, Maday in SJK 733 IV 2, Wälli 78, Rüede 74

² OR 402

traggeber herauszugeben ist, muss der Billigkeit halber dazu führen, dass ein aus dieser Geschäftsführung resultierender Schaden ebenfalls vom Auftraggeber zu tragen ist, sofern nicht ein Verschulden auf der Seite des Beauftragten einer Ablehnung dieser Schadensüberwälzung ruft.³

2. Die heutige schweizerische Regelung des Auftragsrechts, wonach der in der schweizerischen Praxis stark verbreitete entgeltliche Auftrag zugelassen ist, verlangt eine differenziertere Betrachtungsweise des Schadenersatzanspruchs des Beauftragten. So erscheint es als gerechtfertigt, dass im unentgeltlichen Auftrag der Geschäftsherr jeden vom Beauftragten nicht verschuldeten Schaden zu tragen hat. Anders im entgeltlichen Auftrag, wo dem Honorarananspruch und dem daraus sich ergebenden Verdienstinteresse des Beauftragten Rechnung getragen werden muss, und deshalb der Auftraggeber von einer Haftung für Schäden zu befreien ist, welche dem Beauftragten ohne ein Verschulden des Geschäftsherrn⁴ widerfahren.⁵

3. Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs

Das Haftpflichtrecht basiert auf dem Grundsatz, dass die Zufügung eines Schadens nur dann zu einer Ersatzleistung verpflichtet, wenn zwischen dem Schaden und dem haftungsbegründenden Tatbestand eine direkte Beziehung besteht,

³ Gautschi N.20d zu 402

⁴ Liebich 114

⁵ vgl. unten S. 114

welche Ursache und Wirkung miteinander verbindet. Dieser (adäquate) Kausalzusammenhang wurde vom Bundesgericht folgendermassen umschrieben: "Haftungsbegründend ist die Ursache, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Erfahrung dazu geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolges als durch die fragliche Ursache wesentlich begünstigt erscheint."⁶

Auch der Schadenersatzanspruch des Fiduziars ist an den Nachweis eines adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen Schaden und richtiger Auftragsausführung⁷ gebunden. Der Fiduziar muss also den Nachweis erbringen können, dass seine Auftragsausführung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung dazu geeignet war, einen Schaden zu bewirken in der Art, wie er sich ereignet hat, wenn er seine Schadenersatzforderung geltend machen will.⁸

Bis zum Eintritt des Schadens muss die Geschäftsführung ferner richtig,⁹ d.h. vertrags- und weisungsgemäss erfolgt sein. Aus unrichtiger Geschäftsführung können ja die verschiedenen Ansprüche aus der actio mandati contraria nicht entstehen, und ein aus nicht vertrags- oder weisungskonformer Auftragsausführung entstandener Schaden muss vom Fiduziar selber getragen werden. Erfolgte allerdings die

⁶ BGE 66 II 173, 89 II 250

⁷ Wälli 79

⁸ Gautschi N.21a zu 402

⁹ Wälli 79

Vertrags- oder Weisungsverletzung im Interesse des Geschäftsherrn und war sie diesem auch objektiv nützlich, so kann der Richter nach seinem Ermessen dem Fiduzianten eine Schadenersatzpflicht auferlegen (OR 422). Eine Geschäftsführung im Interesse des Fiduziars begründet nur dann eine Schadenersatzpflicht des Fiduzianten, wenn und soweit dieser aus der ihm zustehenden Aneignung der Vorteile bereichert ist, die aus dieser unechten Geschäftsführung resultieren (OR 423 I).

Zu den allgemeinen Voraussetzungen (Kausalzusammenhang, richtige Ausführung) des in der *actio mandati contraria* enthaltenen Schadenersatzanspruchs kommt im entgeltlichen Auftrag eine weitere: aus der Ueberlegung, dass derjenige, welcher aus Verdienstinteresse ein Mandat übernimmt, ein sich aus der Auftragsausführung ergebendes "risque professionnel" grundsätzlich selber zu tragen hat, ergibt sich eine Möglichkeit des Auftraggebers, sich von der auftragsmässigen Schadenshaftung zu befreien, wenn der Schaden nachweislich ohne sein Verschulden entstanden ist.¹⁰ Damit geht im entgeltlichen Auftrag auch bei richtiger Geschäftsführung die Haftung des Auftraggebers für den Zufall verloren, und der Fiduziar hat einen solchen durch Zufall herbeigeführten Schaden zu tragen.¹¹ Im entgeltlichen Auftrag haftet der Auftraggeber also nur noch für

¹⁰ s. oben S. 112

¹¹ 59 II 254

Verschulden, wobei dieses für den Schadenseintritt selbstverständlich kausal sein muss.

Auf besondere Gefahren hat der Auftraggeber den Beauftragten ausdrücklich hinzuweisen, wenn er annehmen muss, dass dieser sie nicht kennt; unterlässt er dies, und entsteht als Folge dieser Unterlassung ein Schaden, so wird er dafür ersatzpflichtig.¹² Dabei ist ein allfälliges Mitverschulden des Beauftragten oder ein Drittverschulden im Sinne eines Reduktionsgrundes zu berücksichtigen.

Im unentgeltlichen Auftragsverhältnis hat der Auftraggeber keine Möglichkeit, sich von seiner Haftung zu befreien;¹³ bei richtiger Geschäftsführung hat er jeden Schaden selber zu tragen. Dazu meint das Bundesgericht: wenn nach OR 422 I der auftragslose Geschäftsführer einen unbedingten Anspruch auf Schadenersatz aus interessewahrender Geschäftsführung hat, widerspricht es der Billigkeit, dem unentgeltlichen vertraglichen Geschäftsführer einen solchen Ersatzanspruch zu verweigern.¹⁴ Ob es sich im Einzelfalle um einen entgeltlichen oder um einen unentgeltlichen Auftrag handelt, ist den Umständen und dem konkreten Vertragsinhalt zu entnehmen: es ist zu untersuchen, ob eine Vergütung tatsächlich vereinbart oder geleistet worden ist.¹⁵

¹² Gemäss dem allg. Grundsatz, dass derjenige, welcher eine Gefahr herbeiführt, alles unternehmen muss, um den Eintritt eines Schadens zu verhüten (Oftinger I 88 mit Entscheiden)

¹³ Wälli 79

¹⁴ BGE 48 II 491, 61 II 97 ff; v.Tuhr/Siegwart I 122 Anm. 21, Guhl 436, Gautschi N.23a zu 402

¹⁵ Gautschi N. 23b zu 402

4. Gegenstand der Haftung

Geschuldet wird weder ein positives noch ein negatives Vertragsinteresse, da nicht eine Vertragsverletzung, sondern ein ausserhalb des Auftragsverhältnisses liegendes Schadenereignis die Haftung des Auftraggebers begründet.¹⁶ Der Haftungsgrund besteht in einer der Geschäftsführung immanenten Gefahr, wobei im entgeltlichen Auftrag besondere, im unentgeltlichen Auftrag beliebige Gefahren gemeint sind.¹⁷ Ähnlich wie die Haftung des Werkeigentümers oder Motorfahrzeughalters eine Verantwortlichkeit für äussere Schadensursachen begründet, die nicht im menschlichen Verhalten liegen, haftet im unentgeltlichen Auftrag der Auftraggeber für unverschuldete Schäden.¹⁸ Man kann deshalb von einer Kausalhaftung des Auftraggebers im unentgeltlichen Mandatsverhältnis sprechen.

Da es sich in beiden Fällen um eine gesetzliche Haftung des Auftraggebers handelt, ist eine Wegbedingung der Haftung nach OR 100 II nicht möglich.

5. Der Haftungsgrund liegt, wie dies oben¹⁹ dargelegt wurde, nicht in einer Vertragsverletzung. Für die rechtliche Beurteilung des Schadenersatzanspruchs kommt deshalb OR 41 ff in Betracht; für die Verjährung gilt die einjährige Frist von OR 60.²⁰ Diese einjährige Frist beginnt zu laufen, sobald der Beauftragte Kenntnis vom Schadensein-

¹⁶ Wälli 79

¹⁷ BGE 48 II 490

¹⁸ Otfinger I 19

¹⁹ oben S. 112

²⁰ Gautschi N.24c zu 402

tritt erlangt hat. Als Fälligkeitstermin und Beginn der Verzinsungspflicht gilt jedoch der Zeitpunkt des tatsächlichen Schadenseintrittes.²¹

²¹ Gautschi N.24d zu 402

2 Vertragsverletzung

Die vertragliche Haftung des Fiduziars bedarf zu ihrer Begründung einer Vertragsverletzung, welche in einer zeitlich, örtlich oder inhaltlich¹ unrichtigen Pflichterfüllung bestehen kann. Davon ist allerdings eine vom Schuldner nicht zu verantwortende objektive Unmöglichkeit² zu unterscheiden, welche zum Erlöschen der Forderung führt (OR 119).

Ferner entfällt eine Schadenersatzpflicht des Fiduziars in jenen Fällen, in welchen der Fiduziant die Erfüllung des Auftrags behinderte oder ganz verunmöglichte, was etwa durch das Ausbleiben der Uebergabe oder das Nichtannehmen des Treugutes erfolgen kann.

Für die Begründung einer vertraglichen Haft- und Schadenersatzpflicht des Fiduziars kommen somit alle jene Tatbestände in Frage, die eine vom Fiduziar zu verantwortende bzw. eine von ihm verschuldete Nichterfüllung³ zum Gegenstande⁴ haben.

Dabei ist zu untersuchen, ob eine nachträgliche Erfüllung möglich ist und die Annahme dem Gläubiger noch zugemutet werden kann. Ist dies der Fall, so hat der Fiduziant die verspätete Erfüllung anzunehmen. Hingegen kann der Fiduziant auf eine unzumutbare nachträgliche Erfüllung ver-

¹ inhaltlich: in bezug auf die Qualität oder Quantität (vgl. dazu Neuenschwander 45)

² Neuenschwander 44

³ ... oder nicht gehörige Erfüllung

⁴ OR 97. vgl. Neuenschwander 43

zichten und entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten und das negative Vertragsinteresse⁵ geltend machen, wenn er nicht auf nachträglicher Erfüllung und dem Ersatz des Verspätungsschadens bestehen will.

In gewissen Fällen ist eine nachträgliche Erfüllung jedoch unmöglich, sei es aus objektiven oder aus subjektiven Gründen.⁶ Hier entsteht eine Schadenersatzpflicht des Schuldners für das Erfüllungsinteresse; der Schuldner hat den aus der Nichterfüllung entstandenen Schaden zu ersetzen.

Der Gläubiger kann stattdessen aber auch vom Vertrag zurücktreten und den Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangen, was insbesondere dann geschehen wird, wenn ihm mit dem Schadenersatzanspruch wegen der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder aus andern Gründen nicht genügend gedient ist.⁷ (OR 107 -109)

Erbringt zwar der Fiduziar eine Leistung, erfüllt aber die eingegangenen Pflichten nur teilweise,⁸ so kann der Fiduziant auf diese nicht genau vertragskonforme Erfüllung folgendermassen reagieren: entweder er besteht auf richtiger Erfüllung, oder er verzichtet darauf und verlangt das positive Vertragsinteresse, oder er tritt vom Vertrag zurück und verlangt das negative Vertragsinter-

⁵ neg. Vertragsinteresse ist gleichbedeutend mit der Differenz zwischen dem Vermögensstand des Geschädigten und demjenigen, der sich ergeben würde, wenn der Verletzte sich nicht auf den Vertrag eingelassen hätte (vgl. dazu Anex 116 ff)

⁶ vgl. Guhl S. 221

⁷ Guhl 51

⁸ z.B. bei unvollständiger Erfüllung der Ablieferungspflicht

esse.

Der Umstand, dass der Treuhänder die Anordnungen und Weisungen seines Mandanten zu befolgen hat, verpflichtet den Treuhänder oft zu persönlichen Diensten, d.h. zu einem persönlichen Tun oder Unterlassen. So hat er beispielsweise in eigenem Namen ein Haus zu erwerben, Wertschriften zu kaufen und Geheimnisse des Fiduzianten zu wahren. Da derartige Verpflichtungen als obligationes faciendi nicht erzwingbar⁹ sind, ein Rücktritt oder Verzicht wegen der Natur der Verpflichtung für den Fiduzianten nicht in Frage kommen kann, besteht für letzteren die Möglichkeit, die Erfüllung des persönlichen Dienstes auf Kosten und anstelle des Schuldners vorzunehmen oder vornehmen zu lassen gemäss OR 98 I.

Wurde eine Unterlassungspflicht wie etwa die Schweigepflicht verletzt, so kann der Gläubiger die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen und sich ermächtigen lassen, die Störung auf Kosten des Schuldners zu beheben (OR 98 III).¹⁰

In beiden Fällen steht dem Fiduzianten ein Schadenersatzanspruch aus Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung (OR 97, 98II) vor allem dann zu, wenn die Realexekution infolge Zerstörung der Sache oder Verletzung einer Unterlassungspflicht unmöglich geworden ist, denn "letzter

⁹ s. oben S.68

¹⁰ BGE 56 II 56. Im Falle der Verletzung der Schweigepflicht kann der Richter sein Verbot mit der Androhung einer Ungehorsamsstrafe gemäss StGB 292 verbinden und auf diese Weise weiteren Verletzungen der Schweigepflicht entgegentreten; gerade bei einer Schweigepflichtverletzung wird es aber schwierig sein, die erfolgte Wiederhandlung ungeschehen zu machen, kann doch der vertragliche Schadenersatz nicht jeden durch die Schweigepflichtverletzung bewirkten Schaden wiedergutmachen. (vgl. dazu Guhl 63 mit Entscheiden)

erzwingbarer Inhalt der Schadenersatzforderung ist immer die Leistung eines Geldbetrages".¹¹

¹¹ Guhl 63

3 Schaden

Allgemein wird der Schaden als Vermögensminderung betrachtet. Seine Berechnung erfolgt durch den Vergleich des Vermögensstandes nach dem schädigenden Ereignis mit demjenigen hypothetischen Vermögensstand, welcher ohne die Schadenszufügung bestehen würde.¹

Der für die Schadensberechnung massgebende Zeitpunkt bestimmt sich nach dem Eintritt des schädigenden Ereignisses;² bei Nichterfüllung oder Schlechterfüllung eines Vertrages ist demnach vom Zeitpunkt der hypothetisch richtigen Erfüllung auszugehen.

Vom Schaden zu unterscheiden ist die immaterielle Unbill, welche nicht durch Schadenersatz, sondern durch Leistung einer Genugtuung abzugelten ist.³

Eine Verminderung des Vermögens muss aber nicht unbedingt durch eine schädigende Handlung eingetreten sein. Die wirtschaftlich bedeutsamen und messbaren Güter,⁴ an denen eine Person berechtigt ist, können ja auch beispielsweise durch eine Schenkung vermindert werden. Das Abgrenzungskriterium zur Schenkung und anderen Institutionen der Rechtsordnung liegt darin, dass diese dem Willen des Vermögensherrn entsprechen, während der Eintritt eines Schadens oder immaterieller Unbill mindestens teilweise unab-

¹ BGE 76 II 297

² Guhl 90

³ Oftinger I 289 ff, 491

⁴ Oftinger I 53

hängig vom Willen des Betroffenen erfolgt. Die Charakterisierung des Schadens⁵ als Vermögensminderung führt zwangsläufig zu einer Spaltung des Schadensbegriffes in *damnum emergens* und *lucrum cessans*⁶ für die Fälle der Verminderung der Aktiven bzw. Erhöhung der Passiven und jene Fälle, in welchen infolge des schädigenden Ereignisses ein erwarteter Gewinn entgangen ist⁷. Soweit nicht Spezialgesetze eine Ausnahme vorsehen, ist jeder Nachteil, den der Schadensbegriff deckt, zu ersetzen.⁸

Die Beweislast für das Vorliegen und die Höhe des behaupteten Schadens trifft den Geschädigten; kann nur die Existenz, nichtaber die ziffernmässige Höhe des Schadens nachgewiesen werden, so hat der Richter die Schadenshöhe unter Berücksichtigung des gewöhnlichen Laufs der Dinge und der vom Geschädigten getroffenen Massnahmen ziffernmässig festzusetzen. Das Vorhandensein eines behaupteten Schadens gilt als erwiesen, wenn genügende Anhaltspunkte auf seinen Eintritt deuten und dieser Schluss sich mit einer "gewissen Ueberzeugungsgewalt"⁹ aufdrängt.

Nicht nur gegenwärtiger, sondern auch zukünftiger Schaden kann eine Ersatzpflicht begründen, sofern deren übrige Voraussetzungen, insbesondere diejenige des adäquaten Kausalzusammenhanges erfüllt sind.

Eine weitere Unterteilung des Schadensbegriffes ergibt

⁵ Seit der Einführung der adäquaten Kausalität ist die Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden unwesentlich geworden (vgl. Neuenschwander 79)

⁶ Neuenschwander 77

⁷ Otfinger I 55 ff

⁸ BGE 50 II 381

⁹ BGE 43 II 47, 60 II 121, 61 II 381, 74 II 76

sich im Bereiche des vertraglichen Schadenersatzrechtes. Hier kann einerseits danach gefragt werden, welcher Schaden sich aus der Einlassung auf den Vertrag überhaupt (=Vertrauensschaden,¹⁰ negatives Vertragsinteresse) ergeben hat und welcher Schaden andererseits aus der nicht vertragskonformen Erfüllung (Erfüllungsinteresse, positives Vertragsinteresse) resultiert. Von diesen grundsätzlich voneinander verschiedenen Betrachtungsweisen kommt in der Regel die Schadensberechnung nach dem Erfüllungsinteresse¹¹ zur Anwendung.¹² In gewissen, vom Gesetz in nicht abschliessender Aufzählung angeordneten Fällen wird aber der Ersatz des Vertrauensschadens verlangt, so z.B. bei einem Irrtum, welchen der Irrende und vom Vertrag zurücktretende seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat (OR 26 I) oder bei einer nicht genehmigten Stellvertretung ohne Vollmacht (OR 39 I). Dasselbe gilt beim gerechtfertigten Rücktritt vom Vertrag gemäss OR 109 II und insbesondere auch für den Widerruf eines Auftrags oder dessen Kündigung zur Unzeit (OR 404 II).

Für das Treuhandverhältnis ergeben sich verschiedene weitere Fälle (neben demjenigen von OR 404 II), in welchen für die Schadensermittlung von einem negativen Interesse ausgegangen werden muss. So hat ein Fiduziar den ihm erteilten Auftrag beim Tod, eingetretener Handlungsunfähig-

¹⁰ Anex 103 ff

¹¹ OR 97

¹² Neuenschwander 76,77

keit oder Konkurs des Fiduzianten weiter auszuführen, bis der Auftraggeber, sein Erbe oder sein Vertreter in der Lage sind, es selber zu tun (OR 405 II). Diese Pflicht ist als ein über den Auftragsrahmen hinausgehender Bestandteil der Treuepflicht zu betrachten¹³. Kommt der Fiduziar dieser Pflicht nicht oder nur ungenügend nach, so hat er den entstandenen Schaden zu ersetzen, und der Fiduziant hat Anspruch auf Herstellung desjenigen Vermögensstandes, welcher ohne den Treuebruch vorläge.¹⁴ Diese Regel kann allgemein auf alle Fälle einer Treuepflichtverletzung angewendet werden, sei es, dass die Verletzung im Rahmen des Auftrags erfolgt, sei es, dass ein über das eigentliche Auftragsverhältnis hinausreichender Teil der Treuepflicht wie etwa die Geheimnispflicht verletzt wurde. Bei Sorgfaltsverletzungen hat der Fiduziar dagegen das positive Vertragsinteresse zu ersetzen. Ist bei einer Verletzung der Treuepflicht der Schaden durch den Missbrauch des in den Fiduziar gesetzten Vertrauens entstanden,¹⁵ so führt eine Sorgfaltsverletzung durch nicht auftragskonforme Erfüllung zu einer Beeinträchtigung des Erfüllungsinteresses¹⁶ auf der Seite des Fiduzianten. Aus dieser Perspektive rechtfertigt sich die anders geartete Schadensberechnung beim Erfüllungsinteresse: hier ist bei der Schadensberechnung der jetzige Vermögensstand des Fiduzi-

¹³ BGE 64 II 224

¹⁴ Gautschi N5d zu 398

¹⁵ "negatives Interesse"

¹⁶ "positives Vertragsinteresse"

anten von dem hypothetischen Vermögensstand zu subtrahieren, der bei richtiger Erfüllung¹⁷ vorliegen würde. Bei der Berechnung des Schadens ist demnach von Fall zu Fall zu überprüfen, ob der Schaden durch Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung entstanden ist (dann ist das positive Vertragsinteresse zu ersetzen); ob er allenfalls durch einen Vertrauensbruch zustande kam (Ersatz des negativen Vertragsinteresses) oder ob eine über das Treuhandverhältnis hinaus wirkende Treuepflicht verletzt wurde (Ersatz eines nicht vertraglichen negativen Interesses).

¹⁷d.h. das positive Vertragsinteresse

4 Genugtuung

Neben der Beeinträchtigung wirtschaftlich messbarer Güter kann auch die Verletzung von Persönlichkeitsrechten zur Begründung einer Forderung führen. Damit soll die dem Verletzten oder den Angehörigen eines Getöteten zugefügte immaterielle Unbill durch die Leistung eines gewissen Ausgleiches für entgangenen Lebensgenuss¹ gemildert werden (OR 47). Der Zweck der Genugtuung liegt ganz allgemein im Ausgleich erlittener körperlicher Schmerzen, zugefügten Leides, verminderter Lebensfreude, einer Beeinträchtigung des Lebensgenusses und ähnlicher Ursachen seelischen Unbehagens. Die Grundlage für das Entstehen einer Genugtuungsforderung ist eine verschuldete, widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit² (ZGB 28). Das Bundesgericht hat den Anwendungsbereich von OR 49 aber auch auf Persönlichkeitsverletzungen ausgedehnt, die aus Vertragsverletzungen resultieren³. Die Zusprechung einer Genugtuung kann selbst da erfolgen, wo die Leistung eines Schadenersatzes mangels Vorliegens eines Schadens ausser Betracht fällt.⁴ Nur für sich allein kann aber eine Vertragsverletzung noch nicht zu einer Genugtuungsforderung führen, sondern es müssen vielmehr die Art und Weise der Vertragsverletzung, deren besondere Umstände und Auswirkungen zu einer Ver-

¹ Guhl 81

² Oftinger Bundesgerichtspraxis 264

³ BGE 54 II 481, 80 II 256, 87 II 143

⁴ Oftinger I 289

letzung der betroffenen Vertragspartei in ihren persönlichen Verhältnissen (ZGB 28) führen, so dass das Vorliegen einer unerlaubten Handlung gemäss OR 41 bejaht werden muss.⁵ Ferner wird für die Begründung eines Genugtuungsanspruches aus OR 49 neben der besonderen Schwere der Beeinträchtigung durch die Vertragsverletzung auch ein qualifiziertes Verschulden auf der Seite des Verletzers gefordert.⁶ Im fiduziarischen Rechtsverhältnis wird man geneigt sein, insbesondere beim Vorliegen schwerwiegender Verletzungen der Treuepflicht Genugtuungsansprüche des Fiduzianten zu unterstützen, wenn der absichtlich herbeigeführte Vertrauensbruch eine besonders gravierende Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten herbeiführt. Gerade im fiduziarischen Rechtsverhältnis, welches in erster Linie auf einer starken, gegenseitigen Vertrauensbasis beruhen sollte, wird nämlich eine Erschütterung dieses Vertrauens durch eine verschuldete Vertragsverletzung besonders dazu geeignet sein, den Fiduzianten auch in seinen persönlichen Verhältnissen zu verletzen.⁷ Allerdings ist in solchen Fällen stets zu beachten, dass ein aus der Treueverletzung resultierender Schadenersatz nicht nochmals durch eine Genugtuung abzugelten ist.⁸ Die Genugtuung hat eine grundsätzlich andere Funktion als der Schadenersatz und es sollen gewisse, sich aus der Aus-

⁵ BGE 87 II 143

⁶ Guhl 82

⁷ So etwa, wenn ein Ausländer durch den Geheimnisbruch des Fiduziars sein gesamtes Vermögen und damit seine soziale Stellung infolge Konfiskation verliert.

⁸ Oftinger I 308

gleichsfunktion der Genugtuung ergebende Grenzen nicht überschritten werden.⁹ Im Übrigen zeigt die schweizerische Gerichtspraxis eher Zurückhaltung bei der Behandlung von Genugtuungsansprüchen,¹⁰ verglichen etwa mit amerikanischen Massstäben.

⁹ BGE 90 II 82

¹⁰ insbesondere bezüglich der Bemessung des Anspruches (Oftinger I 302 ff)

5 Kausalzusammenhang

Zur Begründung einer Schadenersatzforderung muss das Vorliegen einer Beziehung zwischen Ursache und Wirkung nachgewiesen werden können.¹ Allerdings ist dabei zu beachten, dass nicht jede beliebige Beziehung zwischen Ursache und Wirkung genügt, denn jede Ursachenkette kann sich "in immer unübersichtlicher werdender Verflechtung zurück bis auf Adam und Eva" erstrecken.² Häufig konkurrieren Überdies auch mehrere Ursachenketten miteinander,³ welche mit unterschiedlicher Intensität das schädigende Ereignis herbeiführen geeignet sind. Aus diesen Gründen müssen bei der Erhebung einer Schadenersatzforderung an den Kausalzusammenhang gewisse Mindestanforderungen gestellt werden, indem man diejenigen Ursachen als haftungsbegründend bezeichnet, welchen eine hohe Schädigungstendenz immanent ist, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung zur Herbeiführung des eingetretenen Erfolges geeignet ist.

Weist die Beziehung zwischen Ursache und Wirkung diese Erfolgseignung auf, erreicht also der natürliche Kausalzusammenhang die zur Haftungsbegründung erforderliche Intensität, so spricht man von Adäquanz, von einem adäquaten Kausalzusammenhang. Es ist Sache des Richters, die In-

¹ vgl. oben S. 21

² Guhl 83

³ Oftinger I 71

tensität des Kausalzusammenhanges zu werten und nach seinem eigenen Ermessen darüber zu entscheiden, ob im konkreten Falle ein adäquater Kausalzusammenhang vorliege. Haben eine oder mehrere Personen verschiedene adäquate Schadensursachen gesetzt, so stellt sich die Frage, ob nicht eine der Ursachen die andern in der Eignung zur Schädigung derart übertrifft, "dass diese andern Umstände als adäquate Mitursachen" zur Herbeiführung des Schadens ausscheiden.⁴ Beim Entscheid darüber, ob eine Ursache den Kausalzusammenhang mit andern Ursachen unterbreche, "kann es nur darauf ankommen, mit welcher Intensität sich diese erstere Ursache im Vergleich zu den übrigen Umständen⁵ bei der Schadensherbeiführung ausgewirkt hat.

Gemäss ZGB 8 ist es die Aufgabe des Geschädigten, die Existenz eines adäquaten Kausalzusammenhanges zu beweisen. Kann bei einer Mehrheit von als Schädiger in Betracht fallenden Personen nicht mit genügender Sicherheit festgestellt werden, welche der Personen die Schadensursache gesetzt hat, so handelt es sich um einen Fall alternativer Kausalität; keiner der eventuellen Schädiger wird haftbar.⁶

Als Ursache für die Schadensherbeiführung kommen menschliches Tun oder Unterlassen und Zufall in Frage, wobei als Zufall ein vom Verhalten des Haftpflichtigen unabhängi-

⁴ 87 II 306 und dort zit. Entscheide

⁵ 87 II 306

⁶ Otfinger I 82 mit Hinweisen

ges Ereignis⁷ zu verstehen ist. Damit werden auch die Fälle der Kausal- und insbesondere der Gefährdungshaftung erfasst.

⁷ Oftinger I 64

6 Verschulden

Während die Widerrechtlichkeit im vertraglichen Haftpflichtrecht schon der Vertragsverletzung innewohnt und deshalb nicht weiter erörtert werden muss, besteht für das Vorhandensein des Verschuldens auf der Seite des Schuldners eine gesetzliche Vermutung¹ (OR 97 I).

Der Schuldner haftet für jedes Verschulden (OR 99 I); seine Haftung kann aber vertraglich auf grobe Fahrlässigkeit und Absicht beschränkt werden (OR 100 I), sofern der Verzichtende nicht im Dienste des Schuldners steht oder sofern es sich nicht um ein obrigkeitlich konzessionsiertes Gewerbe handelt (OR 100 II).

Eine Haftung des Schuldners entfällt und die Forderung gilt als erloschen, wenn die Leistung ohne Verschulden des Schuldners unmöglich geworden ist (OR 119). In diesen Fällen erübrigt sich der Widerruf bzw. die Kündigung gemäss OR 404.

Für den unentgeltlichen Auftrag ergibt sich ferner die oben² getroffene Feststellung, dass das Mass der Haftung des Schuldners milder beurteilt wird, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt³ (OR 99 II).

¹ Guhl 222

² oben S. 113 f

³ Neuenschwander 81

7 Vertragliche Haftung für Hilfspersonen

Ueberträgt der Fiduziar die teilweise oder gesamte Geschäftsbesorgung seiner Hilfsperson, so hat er sich deren Verschulden anrechnen zu lassen, wie wenn es sein eigenes wäre. Führt also ein fehlerhaftes Verhalten der Hilfsperson bei der Vertragserfüllung zu einer Schädigung des Vertragspartners, welche "zugleich eine Nichterfüllung oder schlechte Erfüllung der Schuldpflicht des Geschäftsherrn aus seinem Vertrag mit dem Geschädigten darstellt"¹, so haftet der Geschäftsherr aus OR 101. Die einzige Befreiungsmöglichkeit des Geschäftsherrn liegt im Nachweis, "dass auch ihm selber, wenn er gleich gehandelt hätte wie die Hilfsperson, kein Verschulden vorgeworfen werden könnte".²

Die vertragliche Haftung für Hilfspersonen beruht auf der Ueberlegung, dass derjenige, welcher seinen Tätigkeitsbereich ohne eigenes Handeln durch die Beschäftigung von Hilfspersonen erweitere, auch die Folgen fehlerhaften Verhaltens dieser Hilfspersonen auf sich zu nehmen habe.³ Dabei wird das Verschulden nach der Person des Geschäftsherrn beurteilt.

Die Geschäftsherrenhaftung kann aber vertraglich ganz oder teilweise wegbedungen werden (OR 101 II); wo es sich je-

¹ BGE 85 II 270, 90 II 17, 92 II 15

² BGE 92 II 15

³ Guhl 224

doch um ein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe handelt oder wo der Geschädigte im Dienste der andern Vertragspartei steht, darf durch den Vertrag nur die Haftung für leichtes Verschulden wegbedungen werden⁴ (OR 101 III). Die Hilfsperson muss aber im Unterschied zur Regelung von OR 55 nicht in untergeordneter Stellung zum Geschäftsherrn stehen.⁵

Die vertragliche Haftung des Geschäftsherrn für Hilfspersonen nach OR 101 ist zu unterscheiden von der Haftung des Beauftragten bei erlaubter bzw. unerlaubter Substitution.⁶ Während bei der Haftung für Hilfspersonen jedes Verschulden dem Geschäftsherrn als sein eigenes angelastet werden kann, handelt der Substitut in der Regel selbständig, ohne vom Hauptbeauftragten überwacht werden zu müssen (allerdings kann auch die Ueberwachung des Substituten vereinbart werden).⁷

Unpersönliche Verrichtungen, welche die Hilfsperson lediglich als verlängerter Arm des Geschäftsherrn vornimmt, fallen unter OR 101, nicht OR 399. Zu solchen unpersönlichen Verrichtungen gehört etwa die Tätigkeit einer Sekretärin, welche Zahlungen vornimmt, Briefe tippt und zur Post trägt etc.

Dagegen ist Substitut derjenige, welcher "ganz oder teilweise die Ausführung der persönlichen Arbeit, namentlich

⁴ BGE 71 II 236

⁵ BGE 70 II 220. Organe sind dagegen Personen, die am "Steuer" sitzen, die auf der Kommandobrücke stehen (A.Keller 90)

⁶ vgl. oben S. 38 ff

⁷ s. oben S. 40

der geistigen oder künstlerischen Arbeit, übernimmt⁸".

⁸ Gautschi N.40c zu 398

IV Haftung aus unerlaubter Handlung

1 Sorgfaltsverletzungen

Die vertragliche Haftung des Fiduziars bei Sorgfaltsverletzungen wurde schon behandelt. Es kann nun vorkommen, dass eine unsorgfältige Handlung des Fiduziars gleichzeitig den Tatbestand der unerlaubten Handlung^{1a} erfüllt und aus diesem Grunde der Anspruch aus Vertrag mit einem ausservertraglichen kumuliert.

Der Fiduziar, welcher beispielsweise das Treugut an einen unberechtigten Dritten abliefern, erfüllt seine Ablieferungspflicht nicht, und der Anspruch des Fiduzianten auf Uebertragung des Treugutes bleibt weiterhin als Erfüllungsanspruch bestehen. Gelingt aber dem Fiduziar der Nachweis, dass ein Verschulden des Fiduzianten die Erfüllung an den Unberechtigten bewirkte, muss der Fiduziant den Schaden selber tragen. Hat der Fiduziant diese unrichtige Erfüllung in Zusammenarbeit mit dem Dritten betrügerisch veranlasst, so liegt eine unerlaubte Handlung i.S. von OR 41 ff vor.¹ Das Verschulden des Fiduzianten, welches zur Erfüllung an den Unrichtigen führte, berechtigt den Fiduziar zur klage- oder einredeweisen Geltendmachung der entstandenen

^{1a} vgl. zu den Voraussetzungen der Haftung aus unerl. Hdlg. oben S. 23 f

¹ BGE 77 II 369

Schadenersatzforderung.²

Das Treuhandverhältnis wird durch die Erfüllung an einen unberechtigten Dritten nicht tangiert, wenn es sich beim Ablieferungsgegenstand um eine vertretbare Sache (z.B. Geldforderung) handelt. Hat aber der Ablieferungsanspruch eine Speziessache zum Gegenstand, so wird durch die Erfüllung an einen Unrichtigen die richtige Ablieferung für den Fiduziar zur subjektiven Unmöglichkeit, für die er aus Vertrag, evtl. auch aus unerlaubter Handlung nach Massgabe seines Verschuldens am Unmöglichwerden der Erfüllung haftet.

² Gautschi N.36d zu 398

2 Treueverletzungen

Während bei Sorgfaltsverletzungen des Fiduziars (OR 398) neben dem vertraglichen Schadenersatzanspruch ausnahmsweise ein Anspruch aus Delikt (OR 41 ff) entstehen kann, so ist dies bei Treueverletzungen die Regel; in vielen Fällen wird dabei die Widerrechtlichkeit im erfüllten Tatbestand der Veruntreuung, der ungetreuen Geschäftsführung oder in einem Verstoss gegen Treu und Glauben (ZGB 2) liegen. Obwohl der ausservertragliche Ersatzanspruch in der Regel schon nach fünf Jahren seit der letzten unerlaubten Handlung (OR 60 II) verjährt, wird der Fiduziant diesen Weg oft der Geltendmachung des vertraglichen Anspruches vorziehen, weil im Falle der unerlaubten Handlung der Tatbestand von Amtes wegen durch die zuständige Strafverfolgungsbehörde zu untersuchen¹ ist. Dies kann die Beweisführung des Klägers ganz erheblich erleichtern. Ein häufiger Fall von Treueverletzungen liegt in der Verletzung einer Schweigepflicht. Es versteht sich aber von selbst, dass ein Geheimnisbruch auf Antrag der dazu berechtigten und zuständigen Behörde nicht zu einem Deliktsanspruch führen kann, weil hier das Erfordernis der Widerrechtlichkeit nicht mehr erfüllt ist.

¹ Gautschi N.12b zu 398

3 Ausserververtragliche Haftung für Hilfspersonen

Besteht zwischen dem fiduziarischen Geschäftsführer und dem durch dessen Hilfsperson geschädigten Fiduzianten keine vertragliche Beziehung, weil etwa gar kein Vertrag zustande gekommen ist oder weil ein solcher nachträglich hinfällig geworden ist, so ist auf diese Situation OR 101 nicht anwendbar. Unter diesen Umständen muss geprüft werden, ob eine Schadenersatzforderung aus OR 55 hergeleitet werden kann. Im Gegensatz zu den Fällen von OR 101 wird zwischen dem Geschäftsherrn und seiner Hilfsperson ein Unterordnungsverhältnis¹ vorausgesetzt. Als Geschäftsherr kommt jede natürliche oder juristische Person in Frage, die irgendeine Geschäftsbesorgung durch eine Hilfsperson ausführen lässt. Hat eine verschuldete oder unverschuldete² rechtswidrige Handlung der Hilfsperson einen Schaden herbeigeführt, so muss weiter untersucht werden, ob zwischen der Schädigung und der Ausübung der dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtung ein funktioneller Zusammenhang besteht. Selbst wenn die Hilfsperson ihre Aufgabe unrichtig erfüllt und die Schädigung gerade deshalb zustande kommt, haftet der Geschäftsherr für diese Handlung seiner Hilfsperson.³

Sind diese Haftungsvoraussetzungen erfüllt, so steht dem

¹ BGE 70 II 220, Portmann 63 ff, Gayler 80 ff, Oftinger II 131 ff

² Die Frage nach dem Verschulden der Hilfsperson spielt nur bei der Bemessung des Schadenersatzes und bei der Zurechnung einer Genugtuungssumme eine Rolle (BGE 56 II 283, 72 II 261), vgl. Gayler 104

³ BGE 57 II 40

Geschäftsherrn immer noch der Nachweis offen, dass er seinen Erfüllungsgehilfen mit genügender Sorgfalt auswählt, instruiert und überwacht habe um einen Schaden in der Art, wie er eingetreten ist, zu verhindern.⁴ Gelingt ihm dieser Exkulpationsbeweis, so ist er von der Haftung befreit.

Eine weitere Befreiungsmöglichkeit liegt im Nachweis, dass der Schaden auch bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt, also auch bei genügender Auswahl, Instruktion und Ueberwachung der Hilfsperson, eingetreten wäre⁵ (OR 55 I).

Mit dem Hinweis darauf, dass OR 399 II den Hauptauftraggeber bei befugter Substitution nur für cura in eligendo et in instruendo haften lässt, kommt Gautschi⁶ zum Ergebnis, dass e contrario der Hauptauftraggeber bei unbefugter Substitution als "Geschäftsherr" seines unbefugt beigezogenen Substituten zu betrachten sei und wie dieser für cura in eligendo et in instruendo et in custodiendo hafte entsprechend OR 55.

Dieser Auffassung kann u.E. nicht in vollem Umfang beigelegt werden, denn bei eingehender Betrachtung ergeben sich wesentliche Unterschiede zwischen der Uebertragung einer Aufgabe an einen unbefugterweise beigezogenen Substituten und an eine Hilfsperson i.S. von OR 55, wel-

⁴ Guhl 190

⁵ vgl. dazu Gayler 103 ff

⁶ Gautschi N.4b zu 399

che sich in einer ungleichen Haftung des Hauptbeauftragten bzw. des Geschäftsherrn niederschlagen. Kennzeichnend für einen Tatbestand gemäss OR 55 ist ein Unterordnungsverhältnis⁷ zwischen dem Geschäftsherrn und seiner Hilfsperson; hingegen wird bei der Substitution gerade durch die Selbständigkeit des Unterbeauftragten⁸ bei der Auftragsausführung dessen Gleichstellung mit dem Hauptbeauftragten erzielt.

Hinzu kommt, dass nur solange von einer Hilfsperson gesprochen werden kann,⁹ als dieser ausschliesslich solche Ausführungshandlungen übertragen werden, welche nicht der besonderen persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten des Geschäftsherrn bedürfen; Leistungen also, bei denen es auf die Persönlichkeit des Schuldners nicht ankommt.¹⁰

Handelt es sich bei den zu übertragenden Aufgaben um unpersönliche und besteht zwischen den an der Uebertragung beteiligten Personen ein Unterordnungsverhältnis, so ist eine Beschäftigung der Hilfsperson zulässig, wogegen die Uebertragung an einen Substituten in erster Linie von der diesbezüglichen Stellungnahme des Hauptauftraggebers abhängt; eine entgegen dem ausdrücklichen Willen des Hauptauftraggebers vorgenommene Substitution ist unzulässig und als Vertragsverletzung zu qualifizieren.

Der Fiduziant muss damit rechnen, dass der Fiduziar unper-

⁷ BGE 30 II 429, 41 II 494; Becker N.II 2 zu OR 55, v.Tuhr/Siegwart I S. 351

⁸ Guhl 224

⁹ zum Begriff der Hilfsperson Gayler 90 ff

¹⁰ OR 68

sönliche Routineaufgaben aus dem übernommenen Auftragsverhältnis an seine Angestellten delegiert, während er sich andererseits gerade im fiduziarischen Auftragsverhältnis, wo ein besonderes Vertrauen in den Fiduziar und seine Eigenschaften verlangt wird, darauf verlassen können sollte, dass der persönlich zu erfüllende Teil dieses Auftrags eben vom dazu bestimmten Fiduziar und nicht von einem Substituten ausgeführt wird, den der Fiduziant vielleicht nicht einmal kennt.

Aus dieser Perspektive lässt sich die u.E. unterschiedliche Behandlung des Beauftragten bei der Uebertragung an eine ¹¹ Hilfsperson bzw. an einen unbefugten Substituten erklären: Der Geschäftsherr kann sich gemäss OR 55 durch den Nachweis genügender Sorgfalt bei Auswahl, Instruktion und Ueberwachung der Hilfsperson von der Haftung für deren unerlaubte Handlungen befreien. Eine **zweite** Exkulpationsmöglichkeit liegt im Nachweis, dass der Schaden auch trotz Anwendung der geforderten Sorgfalt eingetreten wäre. ¹²

Dagegen haftet der Beauftragte bei unbefugter Substitution für die Handlungen des Substituten, "wie wenn es seine eigenen wären" (OR 399 I). Hierin sind auch die unerlaubten Handlungen des Substituten eingeschlossen.

Der (wichtige) Unterschied zur Geschäftsherrenhaftung nach OR 55 liegt demnach bei der unbefugten Substitution darin,

¹¹ entgegen Gautschi N.1c zu 399

¹² vgl. dazu Gayler 103 ff

dass der Beauftragte bei letzterer solidarisch mit dem unbefugten Substituten haftet für dessen unerlaubte Handlungen, während sich der Geschäftsherr nach OR 55 durch das Erbringen der beiden vorgesehenen Exkulpationsbeweise von seiner Haftung befreien kann.

V Geschäftsführung ohne Auftrag

Durch die nachträgliche Genehmigung¹ einer auftragslosen Geschäftsführung kann diese gemäss OR 424 den Vorschriften über den Auftrag unterworfen werden. Daraus lässt sich ableiten, dass der zu beurteilende Sachverhalt der Geschäftsführung ohne Auftrag sich lediglich durch das Fehlen einer vertraglichen Basis vom gewöhnlichen Auftrag unterscheidet.² Nicht nur solche Geschäftsbesorgungen, welche von Anfang an einer vertraglichen Grundlage entbehren oder aufgrund eines mangelhaften Vertragsschlusses erfolgen, sondern auch solche Handlungen eines Beauftragten, welche über den vereinbarten Auftragsrahmen hinauschiessen, fallen unter den Begriff der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Dies ist vor allem auch dann der Fall, wenn der Fiduziar gegen das Interesse des Fiduzianten weisungs-, vertragswidrig oder treulos³ gehandelt hat: der Fiduziant kann diese Besorgungen genehmigen und damit sowohl die actio mandati directa als auch die actio mandati contraria⁴ zur Entstehung bringen. Allerdings muss eine solche Genehmigung einer Geschäftsbesorgung ohne Ermächtigung und im Namen des Fiduzianten vorbehaltlos erfolgen, weil sonst der Eintritt

¹ Sie kann stillschweigend oder ausdrücklich erfolgen (Gautschi N.1a zu 424)

² Gautschi N.1a zu 394

³ Gautschi N.19b zu 395

⁴ Allerdings muss ein Honoraranspruch ausdrücklich genehmigt werden, weil sich sonst die im Auftragsrecht bestehende Unentgeltlichkeitsvermutung aufdrängt (Gautschi N.10c zu 424)

der Genehmigungswirkungen verhindert wird.⁵

Ein weiterer Fall auftragsloser Geschäftsführung liegt dann vor, wenn der Fiduziar in Missachtung der Interessen seines Fiduzianten den Tatbestand der Doppelvertretung oder des Selbstkontrahierens erfüllt, sofern dies nicht durch eine ausdrückliche Vereinbarung erlaubt wurde.⁶

Auch in diesem Fall kann der Fiduziant die Geschäftsbesorgung durch Genehmigung unter die Vorschriften über den Auftrag stellen.⁷

Schliesslich ist auch das Verhältnis zwischen dem Fiduzianten und dem unbefugterweise beigezogenen Substituten als auftragslose Geschäftsführung zu betrachten, gleichgültig, ob letzterer den Fiduzianten kennt oder nicht. Dies allerdings mit dem Unterschied, dass der Substitut, welcher um die Unbefugtheit der Substitution wusste oder bei gehöriger Sorgfalt hätte wissen müssen, entgegen dem ausgesprochenen oder erkennbaren Willen des Fiduzianten handelte und deshalb auch für den Zufall haftet, sofern er nicht darzutun vermag, dass dieser auch ohne sein Zutun eingetroffen wäre (OR 420 II). Diese Verschärfung der Haftung ergibt sich aus dem Grundsatz, "dass sich niemand unbefugterweise in fremde Geschäfte einzumischen hat".⁸ Beauftragt der Fiduziar einen Substituten, ohne ihm den Fiduzianten und das fiduziarische Rechtsgeschäft offen

⁵ BGE 93 II 308

⁶ vgl. oben S. 87; ferner Gautschi N.5c zu 424

⁷ Gautschi N.21 zu 395

⁸ Gautschi N.3a zu 399

darzulegen, so hat er die cura in instruendo nicht mit der gebotenen Sorgfalt erfüllt und haftet dafür, ob er nun zur Substitution berechtigt war oder nicht.⁹

Diese Fälle veranschaulichen, dass Auftragsüberschreitungen und Sorgfaltsverletzungen sich begrifflich oft überschneiden. Während hingegen die einfache Sorgfaltsverletzung lediglich eine Haftung für Schadenersatz nach sich zieht gemäss OR 398 II, die Forderungen aus den actiones mandati directa und contraria aber erhalten bleiben, so führt im entgeltlichen Auftrag die Ueberschreitung des Auftragsumfanges durch einen der geschilderten Sachverhalte nicht nur zur strengeren Haftung des Beauftragten nach OR 420, sondern dieser verliert auch den gemäss OR 394 III vereinbarten Vergütungsanspruch, sofern die Geschäftsbesorgung nicht nachträglich genehmigt wird. Ferner entfällt die Pflicht des Geschäftsherrn, dem Geschäftsführer für den bei der Geschäftsbesorgung erlittenen Schaden Ersatz zu leisten wie im Falle von OR 402 II. Lediglich bei einer im Interesse des Geschäftsherrn gebotenen Geschäftsbesorgung kann der Richter nach seinem Ermessen den Geschäftsherrn zum Schadenersatz verpflichten (OR 422 I).

⁹ OR 399 II

VI Schlussbetrachtungen

Die heute bestehenden gesetzlichen Vorschriften, welche die haftpflichtrechtliche Situation des Treuhänders regeln, bieten in der Praxis sowohl dem Fiduzianten als auch dem Fiduziar und vom Treuhandverhältnis betroffenen Dritten einen durchaus genügenden¹ Rechtsschutz.² Insbesondere besteht u.E. keine Notwendigkeit, irgendwelche Neuerungen bzw. Erweiterungen der bestehenden Regelungen³ vorzunehmen oder etwa die Treuhand als ein weiteres, selbständiges Vertragsverhältnis ins Obligationenrecht aufzunehmen.⁴

Auch in Bezug auf die im Treuhandverhältnis bestehenden Eigentumsverhältnisse genügt die schweizerische Lösung durchaus den Anforderungen der Praxis, ohne dass dazu eine juristische Unterteilung des Eigentumsbegriffes in wirtschaftliches und juristisches Eigentum nach dem Vorbild etwa des angelsächsischen Rechts, welches zwischen legal und beneficiary ownership unterscheidet, notwendig würde.⁵

Die aus dem Auftrag sich ergebenden Rechte und Pflichten und die Anwendung derselben auf das Treuhandverhältnis bieten genügende Möglichkeiten, ein im Falle einer Ver-

¹ Blass 164

² Blass 98

³ Bloch wünscht sogar eine gesetzliche Verankerung eines besonderen Vindikationsrechtes des Fiduzianten, welches es ihm ermöglichen würde, das Treugut bei einer unberechtigten Veräusserung durch den Fiduziar vom Dritten herauszuverlangen (Bloch SJZ 51 53)

⁴ Gubler 249a ff, Brunner 16

⁵ dies vor allem seit BGE 99 II 393, dem sog. Vallugano-Entscheid, in welchem OR 401 auch auf fiduziarische Rechtsverhältnisse anwendbar erklärt wurde.

tragsverletzung gestörtes Rechtsgleichgewicht zu korrigieren und eine durch das Nichteinhalten der vereinbarten fiduziarischen Rechtsbeziehung erlittene Vermögenseinbusse auf die Vertragspartei zu überwälzen, welche die Verantwortung für den Vertrauensbruch trägt.

Seit 1974 besteht für die schweizerischen Banken eine Verpflichtung, wonach die Treuhandgeschäfte aus der Bilanz herauszunehmen und unter dem Strich zu veröffentlichen sind. Daraus ergibt sich eine gewisse Transparenz in Bezug auf die Anzahl der durch Banken getätigten Treuhandgeschäfte, welche die stark zunehmende Engagierung der Schweizer Banken in diesem Tätigkeitsbereich offenlegt. So sind allein im ersten Quartal des Jahres 1980 die Treuhandgeschäfte von 78 Mrd. auf 99 Mrd. Franken angestiegen. Die Zahl der übrigen, täglich getätigten fiduziarischen Rechtsgeschäfte, welche etwa mit bankenunabhängigen Treuhandgesellschaften oder Privaten eingegangen werden, ist gar nicht abzusehen.

Bei der Häufigkeit der getätigten Treuhandgeschäfte erstaunt die spärliche Rechtsprechung zum Problem der haftpflichtrechtlichen Situation bei fiduziarischen Rechtsgeschäften, welche nicht einfach mit dem genügenden theoretischen Schutz durch die bestehenden Normen erklärt werden kann. Vielmehr muss angenommen werden, dass Vertrags-

verletzungen auch bei den Treuhandgeschäften häufiger vorkommen, dass aber die Überwiegende Mehrzahl solcher Streitfälle aussergerichtlich beigelegt werden, und der Schaden beispielsweise trotz Verschulden der Gegenpartei ohne den Versuch einer gerichtlichen Geltendmachung vom Geschädigten getragen wird. Bei Banken und seriösen Treuhandgesellschaften wird ferner die aussergerichtliche, kulante Beilegung bei kleineren Schadensbeträgen die Regel sein. Gerade bei Geschäften, welche um der Deckungsfunktion der Treuhand willen eingegangen wurden, mag es aber auch vorkommen, dass der geschädigte Fiduziant aus Angst vor seiner Entdeckung von einer gerichtlichen Geltendmachung seiner Schadenersatzforderung absieht. Auch ein Scheitern an der Beweisfrage mag ihn davon abhalten. Es hat sich gezeigt, dass die Möglichkeit der Uebertragung grosser Vermögenswerte zu Verwaltungs- oder Sicherungszwecken immer wieder auch weniger vertrauenswürdige Personen zur Ergreifung des Treuhänderberufes bewegt. Insbesondere auf den Gebieten der Liegenschaftenverwaltung und -vermittlung, des Inkassos von Forderungen und der allgemeinen Vermögensverwaltung besteht ein erhöhtes Risiko für das Publikum, mit nicht vertrauenswürdigen Treuhändern in Geschäftsbeziehung zu treten. Hier versagt der Schutz der bestehenden Haftpflichtnormen, deren Aufgabe

allerdings auch nicht darin bestehen kann, das Publikum vor einem bestimmten Täterkreis zu schützen. Haftpflichtnormen dienen ja einzig der nachträglichen Korrektur einer bereits aus dem Gleichgewicht gefallenen Rechtslage.

Daneben erfüllen die Schweizer Banken mit ihren verschiedenen fiduziarischen Dienstleistungen wichtige volkswirtschaftliche Aufgaben von internationaler Bedeutung. Erwähnt seien hier nur die Oeffnung des Kapitalmarktes auch für kleinere und mittlere Anleger oder etwa die für das internationale Gleichgewicht überaus wichtige Reinvestition von Petrodollars in schweizerischen Treuhandanlagen, wodurch die Zahlungsbilanzüberschüsse der erdölexportierenden Länder durch die Vermittlung von Schweizer Banken bei Geldinstituten im Ausland plaziert werden können.

Charakteristisch für alle Treuhandgeschäfte ist aber der Umstand, dass sie auf Rechnung und Risiko des Fiduzianten erfolgen. Es wäre deshalb verfehlt, die bestehende haftpflichtrechtliche Situation des Treuhänders zu verschärfen und ihn etwa gleichsam zum Anlageversicherer machen zu wollen.

Dennoch besteht ein starkes Bedürfnis, den Beruf des Treuhänders von Wirtschaftskriminellen und anderen nicht vertrauenswürdigen Personen freizuhalten. Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass immer mehr Stimmen die Ausübung dieses

Berufes vom Nachweis der dazu erforderlichen beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten abhängig machen wollen.

Diesen Forderungen soll nun wenigstens teilweise entsprochen werden. So befasst sich gegenwärtig das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA) mit der Frage der Einführung eines gesamtschweizerischen Fähigkeitsausweises.

Ferner hat auf kantonaler Ebene der Zürcher Regierungsrat ein noch der Volksabstimmung unterliegendes Gesetz verabschiedet, wonach das Treuhandgewerbe einer Bewilligungspflicht unterstellt werden soll.

Die Buchprüfung für Dritte, die Beratung oder Vertretung in Rechts- Steuer- und Betreuungssachen, das Inkasso von Forderungen, die Liegenschaftenverwaltung und -vermittlung sowie die allgemeine Vermögensverwaltung für Dritte werden dabei von folgenden Bedingungen abhängig gemacht: Handlungsfähigkeit, guter Leumund, Schweizer Bürgerrecht oder Aufenthaltsbewilligung, Wohnsitz in der Schweiz. Die Bewilligung soll verweigert werden beim Vorliegen von Vorstrafen wegen Vermögensdelikten wie Betrug, Veruntreuung und ungetreuer Geschäftsführung oder wegen Konkursdelikten und Urkundenfälschungen. Ferner kann die Bewilligung verweigert werden, wenn wiederholt Strafuntersuchungen gegen den Gesuchsteller unter Kostenaufgabe eingestellt

wurden.

Zur Ueberprüfung des Leumunds stehen ein Auszug aus dem Zentralstrafregister und alle weiteren erreichbaren Auskünfte und Unterlagen zur Verfügung. Die Gewerbepolizei verfügt bei der Beurteilung des Leumunds über einen grossen Ermessensspielraum. Es wird sich zeigen, ob mit der Annahme dieses Entwurfs, welcher vom Erfordernis eines eigentlichen Fähigkeitsausweises absieht, auch tatsächlich das Risiko des Publikums vermindert wird, sein Vermögen oder Teile davon unfähigen oder unzuverlässigen Treuhändern anzuvertrauen.

Literaturverzeichnis

- Aeby P. L' acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse. ZSR nF 31 (1912) 149 ff
- Ammann F. Treuhand und Grundbuch. Diss. Zürich 1946
- Anex J. L' intérêt négatif, sa nature et son étendue. Diss. Lausanne 1977
- Bächler H. Ueber den Beizug eines Dritten durch den Beauftragten. Diss. Bern 1960
- Bär R. Zum Gesetzesentwurf über die Anlagefonds (Investmenttrusts). ZGJV 98 (1962) 289 ff
- Becker H. Berner Kommentar, Obligationenrecht, allg. Bestimmungen. 2. Aufl. Bern 1941
- die einzelnen Vertragsverhältnisse. Bern 1934
- Bergmaier H. Die Sicherungszession im schweizerischen Recht. Diss. Zürich 1944
- Bianchi S. Das fiduziarische Rechtsgeschäft (Treuhand) im schweizerischen Zivil- und Steuerrecht.
in Der Schweizer Treuhänder, 54.Jg. Juli 1980
S. 22 ff
- Blass J. Die Sicherungsübereignung im schweizerischen Recht. Diss. Zürich 1953
- Bloch K. Die gesetzliche Ausgestaltung des Treuhandrechts im schweizerischen Recht. SJZ 51 (1955) 51 ff
- Brunner Th. Das Treuhandverhältnis im Steuerrecht. Diss. Zürich 1968
- Bürgin R. Die Rechtsstellung des Fiduzianten. Diss Basel 1959
- Chatelain J.-P. Tendances actuelles du tribunal fédéral dans le domaine de la responsabilité civile.
ZBJV 105 (1969) 209 ff

- Coing H. Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts
München 1973
- Deschenaux/Tercier, La responsabilité civile. Bern 1975
- Deutsch E. Haftungsrecht. Bd I, Allg. Lehren. Köln, Berlin 1976
- Ehrenzeller M., Die Simulation von Verträgen nach schweizerischem Recht. Diss Bern 1951
- Engel P. Traité des obligations en droit suisse. Neuenburg 1973
- Erzer H. Das fiduciarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Recht. Diss. Basel (Maschinenschrift)
- Friedmann A., Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung der Treuhandverhältnisse? Gutachten für den 36. deutschen Juristentag, Verhandlungen, Bd I 805 ff. Berlin, Leipzig 1930
- Friedrich H.-P., Fragen aus dem Auftragsrecht. ZBJV 91 (1955) 449 ff
- Fritzsche H. Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung nach schweizerischem Recht, 2. Halbband, Zürich 1955
- Gauch P. System der Beendigung von Dauerverträgen. Diss. Freiburg 1968
- Gautschi G. Berner Kommentar, der einfache Auftrag, Bern 1960
- der Kreditbrief und der Kreditauftrag, der Mäklervvertrag, der Agenturvertrag, die Geschäftsführung ohne Auftrag. 2. Aufl. Bern 1964
 - Art 401 OR. SJZ 51 (1955) 149 ff
 - Die causa fiduz. Rechtsübertragungen. SJZ 54 (1958) 245 ff
 - SJZ 63 (1967) 5ff
 - Diskussionsvotum am schweiz. Juristentag 1954 ZSR nF (1954) 525a ff

III

- Gayler E. Die ausservertragliche Haftung für Hilfspersonen. Diss. Zürich 1944
- Gerstle L. Das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Privatrecht. Diss. Bern 1917
- Gubler F. Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand. ZSR nF 73 (1954) 215a ff
- Vertretung und Treuhand bei Anleihen nach schweiz. Recht. Diss Zürich 1940
- Guhl/Merz/Kummer, Das schweizerische Obligationenrecht 6. Aufl. Zürich 1972
- Haab R. Zürcher Kommentar, Sachenrecht. 2.Aufl., Lieferungen 1-6, Zürich 1929-37
- Hafter E. Berner Kommentar, Personenrecht, Bd I. Bern 1919
- Heizmann-Hauser, Der Buchdiskont. ZBJV 67 (1931) 97 ff
- Homberger A., Zürcher Kommentar, Besitz und Grundbuch, 2. Aufl., Bd IV. Zürich 1938
- Jaeger C. Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 4.Aufl. Zürich
- Jäggi P. Diskussionsvotum am schweiz. Juristentag 1954 ZSR nF 73 (1954) 536a ff
- Jost A. Der Uebergang an Eigentums- und Forderungsrechten vom Beauftragten auf den Auftraggeber (Art 401 OR). ZSR nF 72 (1953) 131 ff
- Kaser M. Römisches Privatrecht. 9.Aufl. München 1976
- Keller A. Haftpflicht im Privatrecht. 2.Aufl. Bern 1971
- Keller M. Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts Festgabe für K. Otfinger Zürich 1969

- Keller R. Das fiduziarische Rechtsgeschäft im schweiz. Zivilrecht. Diss. Bern 1944
- Klausing F. Fiduziarische Rechtsgeschäfte einschliesslich Sicherungsübereignung. RVH 3 (1931) 268 ff
- Kleiner B. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken. Giro- und Kontokorrentvertrag 2.Aufl. Zürich 1964
- v.Kries H. Die Rechtsstellung des Erwerbers bei treuwidrigen Verfügungen eines Treuhänders. Diss. Göttingen 1965
- Lanz W. Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang. Diss. St.Gallen. Bern, Frankfurt a.M. 1974
- Leemann H. Berner Kommentar, Das Eigentum. 2.Aufl. Bern 1920
- Liebich D. Treuhand und Treuhänder im Wirtschaftsrecht Berlin 1966
- Liver P. Ueber die Formen der Begründung und Uebertragung von dinglichen Rechten an Grundstücken ZBGR 26 (1945) 65 ff, 121 ff
- Maday D. Fiduziarische Rechtsverhältnisse..SJK 732 ff
- Meier-Hayoz A., Berner Kommentar, Das Eigentum, syst. Teil und allg. Bestimmungen, I.Teilband, Art 641-654, 4.Aufl., Bern 1966
- Merz H. Legalzession und Aussonderungsrecht gemäss OR 401; in Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts. S. 451 ff
- Musielak H.-J., Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten Berlin, New York 1974

Neuenschwander M., Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht. ASR Heft 405. Bern 1971

Nickel- Schweizer G., Rechtsvergleichender Beitrag zum fiduziarischen Eigentum in Deutschland und in der Schweiz. Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen, Heft 25

Nietlisbach H., Zur Frage der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für schlechten Rat und falsche Auskunft nach schweizerischem Obligationenrecht. Diss. Zürich 1948

Oftinger K. Zürcher Kommentar, Das Fahrnispfand. 2.Aufl. Zürich 1952

- Schweiz. Haftpflichtrecht Bd I, 4.Aufl., Zürich 1975 // Bd II/1, 3.Aufl. Zürich 1970
- Bundesgerichtspraxis zum allg. Teil des schweiz. Obligationenrechts. 2.Aufl., Zürich 1973

Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2.Aufl. Zürich 1936

Palandt O. Kommentar zum BGB. 36.Aufl., München 1977

Paul G. Auskunftshaftung in der neueren Rechtsprechung Diss. Frankfurt a.M. 1973

Peter A. Das fiduziarische Rechtsgeschäft als Vermögensschutzmassnahme in Kriegszeiten. Diss. Basel 1960 (Maschinenschrift)

Peter J. Der Widerruf im schweiz. Auftragsrecht. Diss. Zürich 1974

Pfluger H. Die Haftung der Banken bei Raterteilung. Diss. Bern 1935

Portmann T. Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht. ASR Heft 335. Bern 1958

- Rehbinder M., Schweizerisches Arbeitsrecht. 5.Aufl.
Bern 1979
- Reichwein H., Sicherungsübereignung und Faustpfand im
schweizerischen Recht. SJZ 46 (1950) 321 ff
- Reymond C. Essai sur la nature et les limites de l' acte
fiduciaire. Diss. Lausanne 1948
- Rüede-Bugnion U., Fiduziarische Rechtsgeschäfte, die ein
Markenrecht zum Gegenstand haben, nach schwei-
zerischem Recht. ASR Heft 454. Bern 1978
- Rüegg A. Der Effektenbörsenauftrag unter spezieller Be-
rücksichtigung der Treue-, Sorgfalts- und Re-
chenschaftspflicht. Diss. Zürich 1974
- Scheidegger H., Die zivilrechtlichen Beziehungen zwischen
Patentanwalt und Klient. Diss. Zürich 1969
- Schönenberger/Jäggi, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht
allg. Teil, 3.Aufl. Zürich 1973
- Schönle H. Die Einmann- und Strohmanngesellschaft unter
besonderer Berücksichtigung der Fiduzia.
Diss. Freiburg 1957
- Schultz H. Einführung in den allg. Teil des Strafrechts
Bd I, 2.Aufl. Bern 1974
- Schwartz M. Essai d' analyse de la propriété en main com-
mune de plusieurs fiduciaires SJZ 62 (1966)
319 ff
- Siebert W. Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis.
in Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Land-
wirtschaftsrecht, Heft 68
- Staehelin Th., Die Treuhandanlage. Diss. Basel 1973
- Strebel W. Die Aussonderung im Konkurs, insbesondere nach
Art 202 SchKG. Diss. Zürich 1958

- v.Tuhr/Siegwart, Allg. Teil des schweizerischen Obligationenrechts. Bd I 2.Aufl. Zürich 1942 / Bd II 2.erg. Aufl. Zürich 1944
- v.Tuhr/Siegwart/Peter, Allg. Teil des schweiz. Obligationenrechts Bd I 1.Lieferung 3.Aufl. Zürich 1974
- v.Tuhr/Siegwart/Escher, Allg. Teil des schweizerischen Obligationenrechts Bd II 3.Aufl. Zürich 1974
- Wälli P. Das reine fiduziarische Rechtsgeschäft. Diss. Zürich 1969
- Walder H.U. Der neue Zürcher Zivilprozess. Zürich 1977
- Wolf E. Bemerkungen zum Aussonderungsrecht des Fiduzianten bei der Zwangsvollstreckung gegen den Fiduziar. Festgabe Simonius, Basel 1955
- Wolff M. Wesen und Voraussetzung der Zession. Bd 62 der Beiträge zur Zürcher Rechtswissenschaft, Aarau 1917
- Wüthrich Ch., Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Bankiers für Rat und Auskunft nach deutschem und schweizerischem Recht. Diss. Bern 1935
- Wyler M. Ueber das Treuhandrecht. ZSR nF 56 (1937) 293 ff
- Yung W. Simulation, fiducie et fraude à la loi. In Mélanges Georges Sauser-Hall. Neuchâtel, Paris 1952 S. 139 ff

Abkürzungsverzeichnis

AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art	Artikel
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht Bern 1904 ff
AtG	Bundesgesetz über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz vom 23. Dezember 1953
Aufl.	Auflage
Bd	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesge- richtes. Amtliche Sammlung
bzw.	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
EHG	Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmen und der Post vom 28. März 1905
ElG	Bundesgesetz betreffend die elektrischen Stark- und Schwachstromanlagen vom 24. Juni 1902
etc.	et cetera
f(ff)	folgende Seite(n)
GSchG	Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer ge- gen Verunreinigung vom 8. Oktober 1971
h.L.	herrschende Lehre
Jg.	Jahrgang
i.S.	im Sinne
LfG	Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezem- ber 1948
Mrd.	Milliarden
N.	Note
nF	neue Folge
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht

RVH	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes
RLG	Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Be- förderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe vom 4. Oktober 1963
s.	siehe
S.	Seite(n)
SBG	Schweizerische Bankgesellschaft
SemJud	Semaine Judiciaire
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
syst.	systematisch
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SVG	Bundesgesetz über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
u.E.	unseres Erachtens
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Anhang

Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die nachstehenden Bedingungen dienen einer klaren Regelung der gegenseitigen Beziehungen zwischen Kunden und Bank

- 1 **Verfügungsberechtigung** Die der Bank schriftlich bekanntgegebene Unterschriftenregelung gilt ihr gegenüber ausschliesslich und bis zu einem an sie gerichteten schriftlichen Widerruf, ungeachtet anderslautender Handelsregisterinträge und Veröffentlichungen
- 2 **Reklamationen der Kunden** Reklamationen des Kunden wegen Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen jeder Art oder Beanstandungen von Rechnungs- oder Depotauszügen sowie andern Mitteilungen sind sofort nach Empfang der diesbezüglichen Anzeige, spätestens aber innert der von der Bank angesetzten Frist, anzubringen, ansonst die Ausführung bzw. Nichtausführung sowie die entsprechenden Auszüge und Mitteilungen als genehmigt gelten, unterbleibt eine Anzeige, so hat die Beanstandung zu erfolgen, sobald die Anzeige dem Kunden im üblichen Geschäftsablauf hatte zugehen müssen
- 3 **Mitteilungen der Bank** Mitteilungen der Bank gelten als erfolgt, wenn sie an die letzte vom Kunden bekanntgegebene Adresse abgesandt worden sind. Als Zeitpunkt des Versandes gilt vermuthungsweise das Datum der im Besitze der Bank befindlichen Kopien oder Versandlisten. Banklagernd zu haltende Post gilt im Zweifel als zugestellt am Datum, das sie trägt
- 4 **Unterschriften- bzw. Legitimationsprüfung** Den aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft
- 5 **Mangelnde Handlungsfähigkeit** Der Kunde trägt jeden Schaden, der aus mangelnder Handlungsfähigkeit seiner Person oder Dritter entsteht, es sei denn, sie sei bezüglich seiner Person in einem schweizerischen Amtsblatt publiziert und bezüglich Dritter der Bank schriftlich mitgeteilt worden
- 6 **Übermittlungsfehler** Den aus der Benutzung von Post, Telegraph, Telefon, Telex, andern Übermittlungsarten oder Transportanstalten, namentlich aus Verlust, Verspätung, Missverständnissen, Verstümmelungen oder Doppelausfertigungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft
- 7 **Nichtausführung oder verspätete Ausführung von Aufträgen** Wenn infolge Nichtausführung oder verspäteter Ausführung von Aufträgen (Borsenaufträge ausgenommen) Schaden entsteht, so haftet die Bank lediglich für den Zinsausfall, es sei denn, sie sei im Einzelfall auf die drohende Gefahr eines darüber hinausgehenden Schadens hingewiesen worden
- 8 **Pfand- und Verrechnungsrecht** Die Bank hat an allen Vermögenswerten, die sie jeweils für Rechnung des Kunden bei sich selbst oder anderswo aufbewahrt, ein Pfandrecht und bezüglich aller Forderungen ein Verrechnungsrecht für alle ihre aus der Bankverbindung jeweils bestehenden Ansprüche, ohne Rücksicht auf die Fälligkeit oder Wahrung, das Pfandrecht entsteht jedoch erst mit der Forderung. Dies gilt auch für Kredite und Darlehen mit speziellen oder ohne Sicherheiten. Die Bank ist nach ihrer Wahl zur zwangsrechtlichen oder freihändigen Verwertung der Pfänder berechtigt, sobald der Kunde mit seiner Leistung im Verzug ist
- 9 **Kontokorrentverkehr** Gutschrift bzw. Belastung der vereinbarten oder üblichen Zinsen, Kommissionen, Spesen und Steuern erfolgen nach Wahl der Bank vierteljährlich, halbjährlich oder jährlich. Die Bank behält sich vor, ihre Zins- und Kommissionsansätze jederzeit, namentlich bei geänderten Geldmarkterhältnissen, abzuändern und dem Kunden hievon auf dem Zirkularweg, durch Anschlag in der Schalterhalle oder auf andere geeignete Weise Kenntnis zu geben

Wenn die Rechnungsauszüge der Bank nicht spätestens innert eines Monats beanstandet werden, gelten sie als genehmigt, und zwar auch dann, wenn die vom Kunden zu unterschreibende Richtigebundsanzeige bei der Bank nicht eingetroffen ist. Die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Rechnungsauszugs schliesst die Genehmigung aller in ihm enthaltenen Posten sowie allfälliger Vorbehalte der Bank in sich

Liegen vom Kunden verschiedene Aufträge vor, deren Gesamtbetrag sein verfügbares Guthaben oder den ihm gewährten Kredit übersteigt, so ist die Bank berechtigt, ohne Rücksicht auf Datum oder zeitlichen Eingang nach eigenem Ermessen zu bestimmen, welche Verfügungen ganz oder teilweise auszuführen sind

Die den **Guthaben in fremder Währung** entsprechenden Gegenanlagen werden auf den Namen der Bank, jedoch anteilmässig auf Rechnung und Gefahr des Kunden bei von der Bank als gut erachteten Korrespondenten angelegt. Der Kunde trägt insbesondere die Gefahr von gesetzlichen oder behördlichen Beschränkungen und Lasten

Die Bank kann jederzeit erfüllen durch Abgabe von Checks auf Korrespondenten oder Abtretung entsprechender Anteile ihrer Währungsforderung

- 10 **Wechsel, Checks und andere Papiere** Die Bank ist berechtigt, diskontierte oder gutgeschriebene unbezahlte Wechsel, Checks und andere Papiere zurückzubelasten. Trotzdem verbleiben ihr die wechselseitlichen, checkrechtlichen oder andern Ansprüche auf Zahlung des vollen Betrages der Wechsel, Checks und anderen Papiere mit Nebenforderungen gegen jeden aus dem Papier Verpflichteten bis zur Begleichung eines vorhandenen Schuldsaldos
- 11 **Kündigung der Geschäftsbeziehungen** Die Bank behält sich vor, bestehende Geschäftsbeziehungen, insbesondere zugesagte oder benutzte Kredite, mit sofortiger Wirkung aufzuheben, wobei allfällige Forderungen sofort zur Rückzahlung fällig werden. Vorbehalten bleiben anderslautende schriftliche Abmachungen
- 12 **Gleichstellung der Samstage mit Feiertagen** Im gesamten Geschäftsverkehr mit der Bank werden die Samstage einem staatlich anerkannten Feiertag gleichgestellt
- 13 **Anwendbares Recht und Gerichtsstand** Alle Rechtsbeziehungen des Kunden mit der Bank unterstehen dem schweizerischen Recht. Erfüllungsort, ausschliesslicher Gerichtsstand für alle Verfahrensarten sowie Betreibungsort, letzterer jedoch nur für Kunden mit ausländischem Wohnsitz, ist der Ort der betreffenden Niederlassung der Bank. Die Bank hat indessen auch das Recht, den Kunden beim zuständigen Gericht seines Wohnsitzes oder jedem andern zuständigen Gericht zu belangen
- 14 **Vorbehalt besonderer Bestimmungen** Für besondere Geschäftsarten gelten neben diesen Allgemeinen Geschäftsbedingungen von der Bank erlassene Sonderbedingungen, so insbesondere für die Aufbewahrung und Verwaltung von Wertpapieren und anderen Wertgegenständen, Sparhefte und -konti, Depostenhefte und -konti, Checkhefte, Schrankfächer und Nachtresor. Im übrigen gelten für Borsengeschäfte die Platzsanzuren, für Dokumentargeschäfte die von der internationalen Handelskammer aufgestellten einheitlichen Richtlinien und Gebrauche für Dokumentenakkreditive und für das Inkasso- und Diskontgeschäft die von der Schweizerischen Bankiervereinigung aufgestellten allgemeinen Bestimmungen
- 15 **Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen** Die Bank behält sich jederzeitige Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Diese werden dem Kunden auf dem Zirkularwege oder auf andere geeignete Weise bekanntgegeben und gelten ohne Widerspruch innert Monatsfrist als genehmigt



Basis-Treuhandvertrag

zwischen

(nachstehend «Kunde» genannt)

und der

Schweizerischen Bankgesellschaft

(nachstehend «Bank» genannt)

1. Der Kunde beauftragt die Bank, Kapitalanlagen in Form von Festgeldern zu tätigen, sei es bei einer ausländischen Drittbank oder Tochterbank (nachstehend als ausländische Bank bezeichnet), sei es bei einer ausländischen Niederlassung der Bank (nachstehend als eigene Niederlassung bezeichnet).

Die Bank handelt dabei nach freiem Ermessen; der Kunde ist jedoch unter diesem Vertrag ausdrücklich berechtigt, der Bank schriftliche Einzelweisungen zu solchen Festgeldanlagen zu erteilen.

2. Festgeldanlagen werden im Rahmen bestehender Guthaben des Kunden getätigt. Dabei gilt als vereinbart, dass die Bank bei Anlagen, die sie nach freiem Ermessen tätigt, keine dem Kunden ausgesetzten Kreditfazilitäten verwenden darf.

3. Die ausländische Bank oder eigene Niederlassung, Höhe, Währung und Bedingungen der jeweiligen Anlage werden von der Bank nach freiem Ermessen oder vom Kunden im jeweiligen schriftlichen Einzelauftrag festgelegt; überlässt der Kunde die Wahl der ausländischen Bank oder eigenen Niederlassung der Bank, so wird diese die Festgeldanlage bei einer eigenen Niederlassung ihrer Wahl oder bei einer von ihr als gut erachteten ausländischen Bank tätigen.

Schriftliche Einzelaufträge betreffend die Wiederanlage von Festgeldanlagen, die zur Rückzahlung fällig werden, haben mindestens eine Woche vor Verfall bei der Bank einzutreffen, ansonst die Bank nach freiem Ermessen über Vornahme und Bedingungen einer allfälligen Wiederanlage entscheidet.

4. Festgeldanlagen bei einer ausländischen Bank tätigt die Bank im eigenen Namen, aber auf Rechnung und Gefahr des Kunden. Die Bank ist ausschliesslich verpflichtet, dem Kunden jene Beträge zu vergüten, die ihr in Rückleistung des Kapitals und der Zinsen an ihrer obenstehenden Adresse zur freien Verfügung gutgeschrieben worden sind.

Erfüllt eine ausländische Bank ihre Verpflichtungen nicht oder nur teilweise oder kann sie diesen zufolge von Transfer- und Devisenvorschriften im eigenen Lande oder in derjenigen der Anlagewährung nicht nachkommen, so ist die Bank lediglich gehalten, dem Kunden ihre für den Kunden gehaltene Forderung abzutreten. Zu irgendeiner anderen Leistung ist die Bank nicht verpflichtet.

5. Für Festgeldanlagen bei einer eigenen Niederlassung gilt als vereinbart, dass diese Anlagen dem Recht und allen Bestimmungen für den Geldmarkt am Domizil der betreffenden Niederlassung sowie den Transfer- und Devisenvorschriften im Lande der Anlagewährung unterstehen.

6. Die Bank belastet dem Kunden bei Abschluss der Anlage eine prozentual auf dem Anlagebetrag berechnete Auftragskommission, in jedem Falle aber eine minimale Kommission von SFr. _____ oder Gegenwert.



Kurzfristige Anlagen

Wir erlauben uns, Ihnen hiermit einige Vorschläge für zinstragende KURZFRISTIGE ANLAGEN zu unterbreiten. Die nachfolgenden Erklärungen dienen dazu, Sie mit den verschiedenen Anlagearten sowie deren Besonderheiten etwas näher vertraut zu machen. Genauere Angaben in Zahlen können der beiliegenden Tabelle entnommen werden. Wir weisen jedoch ausdrücklich darauf hin, dass sich die darin aufgeführten Zinssätze rein informativ und ohne Verbindlichkeit unsererseits verstehen.

Das mit den nachfolgenden Anlagearten verbundene Transferrisiko im Falle von Devisenbeschränkungen im Anlageland ist von Ihnen zu tragen.

Euro-Geldmarkt

- Festgeldkonto in konvertierbaren Fremdwährungen bei unserer Bank

Die Gegenanlage wird auf dem Euromarkt getätigt. Die Rückzahlung des Kapitals sowie die Vergütung der Zinsen erfolgt bei Verfall Festgeldkonti in Sfr. können für Kunden ohne festen Wohnsitz in der Schweiz bis auf weiteres nicht mehr eröffnet werden.

- Certificates of Deposit in US\$, ausgestellt durch die Union Bank of Switzerland, London

Die Papiere werden in unserem Namen, jedoch auf ausschliessliches Risiko des Kunden bei der Union Bank of Switzerland, London, gekauft und dort spesenfrei aufbewahrt.

London Certificates of Deposit können auch vor Verfall auf dem Londoner Sekundärmarkt zu den dann herrschenden Zinsbedingungen verkauft werden. Bei Verkauf vor Verfall werden die Stempelsteuern sowie die Kommission wieder fällig.

- Treuhandanlagen bei der Union Bank of Switzerland, London, bzw. Union de Banques Suisses (Luxembourg) S.A., Luxembourg, oder bei andern erstklassigen europäischen Banken

Treuhandanlagen werden in unserem Namen, jedoch für Rechnung des Kunden platziert. Diese Anlagen sind, unter der Voraussetzung, dass wir im Besitze eines vom Kunden unterzeichneten Treuhandvertrages sind, von der schweizerischen Verrechnungssteuer ausgenommen. Der Kunde übernimmt das Delkredererisiko, sofern es sich nicht um eine bei der Union Bank of Switzerland, London, platzierte Anlage handelt.

Die Rückzahlung des Kapitals sowie die Vergütung der Zinsen erfolgt bei Verfall.

Treuhandanlagen in Sfr. können für Kunden ohne festen Wohnsitz in der Schweiz bis auf weiteres nicht mehr eröffnet werden.

Amerikanischer Geldmarkt

- Festgeldkonto in US\$ bei unserer Bank

Die Gegenanlage wird im Ursprungsland der Währung, den USA, getätigt.

Die Rückzahlung des Kapitals sowie die Vergütung der Zinsen erfolgt bei Verfall.

- Certificates of Deposit in US\$, ausgestellt durch die Union Bank of Switzerland, New York

Die Papiere werden in unserem Namen jedoch für Rechnung des Kunden bei der Union Bank of Switzerland, New York, gekauft und dort spesenfrei aufbewahrt.

Im Gegensatz zu den London Certificates of Deposit kann in New York ein Verkauf vor Verfall nur für grössere Anlagen (ab 1 Mio US\$) gewährleistet werden. Kommission und Stempelsteuern werden bei Verkauf vor Verfall wieder fällig.

- Treuhandanlagen in US\$ bei der Union Bank of Switzerland, New York, oder bei andern erstklassigen amerikanischen Banken

Wir haben das Wesen der Treuhandanlagen bereits an anderer Stelle erklärt (siehe EURO-GELDMARKT). Im Prinzip gelten hier die gleichen Bedingungen. Mit Ausnahme der bei der Union Bank of Switzerland, New York, platzierten Anlagen, ist das Delkredererisiko auch hier vom Kunden zu tragen.

Die Rückzahlung des Kapitals sowie die Vergütung der Zinsen erfolgt bei Verfall.

- Amerikanische Bankakzepte

Bankakzepte sind in US\$ ausgestellte und von einer amerikanischen Bank akzeptierte Wechsel mit einer Laufzeit von nicht mehr als 180 Tagen. Bankakzepten liegen Warentransaktionen zugrunde. Sie entstehen beispielsweise aus der Finanzierung amerikanischer Aussenhandelstransaktionen (Kreditbriefe). Durch das Akzept von Handelswechseln übernimmt die akzeptierende Bank die primäre Zahlungsverpflichtung. Das Delkredererisiko beschränkt sich somit auf die Kreditwürdigkeit der akzeptierenden Bank. Bankakzepte stellen deshalb eine weitverbreitete kurzfristige Anlagemöglichkeit auf dem amerikanischen Geldmarkt dar. Der Ertrag wird in Form eines Diskonts vergütet, der gegenwärtig weder der amerikanischen noch der schweizerischen Verrechnungssteuer unterworfen ist. Bankakzepte werden in unserem Namen, jedoch auf Rechnung unserer Kunden gekauft und kostenfrei bei einer erstklassigen amerikanischen Bank aufbewahrt.

Auf Wunsch sind wir bereit, für eine zusätzliche Kommission von 1/4% p.a. das Delkredererisiko zu übernehmen. Diese Möglichkeit besteht jedoch nicht für Kunden mit Steuermotiv in der Schweiz oder in Liechtenstein.

Bankakzepte werden auf dem Sekundärmarkt in Amerika gehandelt und können jederzeit zu den jeweils auf dem Geldmarkt herrschenden Bedingungen und unter Abzug von 1/2% p.a. rückdiskontiert werden. In diesem Falle belasten wir erneut unsere Kommission.

- Commercial Papers und Treasury Bills

Die Zinssätze für diese Papiere liegen meist unter denjenigen für Certificates of Deposit oder Bankakzepte.

Für sämtliche obgenannten Anlagearten besteht die Möglichkeit, Instruktionen für eine automatische Erneuerung bzw. Verlängerung zu erteilen.

Wir versichern Ihnen, dass wir stets bemüht sein werden, Sie zu Ihrer vollen Zufriedenheit zu bedienen.

Mit freundlichen Grüßen

Schweizerische Bankgesellschaft

Genre d'investissement Anlageart Tipo di investimento Type of Investment	Monnaie Währung Moneta Currency	Montant minimal Minimale Anlageaussumme Minimum investment	Taux d'intérêt indicatif Approximative Zinssätze Tassi d'interesse indicativi Approximate rate of interest					Deductions / Abzüge / Deduzioni / Deductions	Droit de timbre Stempelgebühr Dritto di bollo Stamp duty	Frais de titres Titel-Spesen Spese di titoli Cable charges	Commission Kommision Commission Commission
			Durée / Laufzeiten / Durata / Maturities								
			1 Mois Monat Months	2 Mois Monat Months	3 Mois Monat Months	6 Mois Monat Months	12 Mois Monat Months	Impôt anticipé suisse Vorausgeschüssige Einkommensteuer Imposta preventiva sul reddito Withholding tax			
Euromarché Euro-Geldmarkt Euromercato	\$ US	25 000.-						35 %	—	—	—
	DM	50 000.-						35 %	—	—	—
Depôts à terme Festgeldanlagen Depositi vincolati Time deposit	Fl./h./Hfl.	50 000.-						35 %	—	—	—
									—	—	—
Certificats de dépôt, Londres Certificates of deposit, London	\$ US	25 000.-						—	*	5.-	—
Placements fiduciaires Treuhandaanlagen Investimenti fiduciari Fiduciary deposits	\$ US	50 000.-						—	—	—	—
	DM	100 000.-						—	—	—	—
	Fl./h./Hfl.	100 000.-						—	—	—	—
	£	30 000.-						—	—	—	—
Marché américain / Amerikanischer Markt Mercato americano / Amer. Money Market											
Depôts à terme / Festgeldanlagen Depositi vincolati / Time deposit	\$ US	25 000.-						35 %	—	—	—
Acceptations bancaires / Bankakzepten Accettazioni bancarie / Bankers acceptances	\$ US	10 000.-						—	**	—	—
Certificats de dépôt, New York Certificates of deposit, New York	\$ US	100 000.-						—	*	5.-	—
Bons du Trésor Treasury bills	\$ US	50 000.-						—	**	5.-	—
Placements fiduciaires / Treuhandaanlagen Investimenti fiduciari / Fiduciary deposits	\$ US	100 000.-						—	—	—	—

																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																			</
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	----

* Jusqu'à 90 jours 0,115 % au delà 0,165 %
 Fino a 90 giorni 0,115 %, oltre 0,165 %
 0,115 % up to 90 days, 0,165 % for longer maturities

** Jusqu'à 90 jours 0,1 % au delà 0,15 %
 Indirekte 30 Tage 0,1 %, darüber 0,15 %
 F. 1 % up to 90 days, 0,15 % for longer maturities

*** Voir placements fiduciaires sur l'euromarkt
 See Euromarkt fiduciary investments

5.-
 Fr.s 25.- ou contrevalleur
 Sfr. 25.- oder Gegenwert
 Fr.s 25.- o controvalore
 Sfr. 25.- or countervalue

1/4 % p. a. pour investissement jusqu'à
 Fr.s 500 000.- ou contrevalleur
 1/4 % bis Sfr. 500 000.- oder Gegenwert
 1/4 % fino a Fr.s 500 000.- o controvalore
 1/4 % p. a. up to Sfr. 500 000.- or countervalue

1/4 % pour des montants supérieurs
 1/4 % ab Sfr. 500 000.- oder Gegenwert
 1/4 % p. a. for deposits exceeding this amount

Minimum Fr.s 100.- ou contrevalleur
 Minimum Fr.s 100.- oder Gegenwert
 Minimum Sfr. 100.- or countervalue

Vous certificats de dépôt, New York
 Siehe Certificate of Deposit, New York
 Vedi Certificate of Deposit, New York
 See certificate of deposit, New York

1/4 % p. a. pour investissement jusqu'à
 Fr.s 500 000.- ou contrevalleur
 1/4 % bis Sfr. 500 000.- oder Gegenwert
 1/4 % fino a Fr.s 500 000.- o controvalore
 1/4 % p. a. up to Sfr. 500 000.- or countervalue

1/4 % pour des montants supérieurs
 1/4 % ab Sfr. 500 000.- oder Gegenwert
 1/4 % p. a. for deposits exceeding this amount

Minimum Fr.s 100.- ou contrevalleur
 Minimum Fr.s 100.- oder Gegenwert
 Minimum Sfr. 100.- or countervalue

1/4 % p. a. pour invest. jusqu'à \$US 500 000.-
 1/4 % bis \$US 500 000.- oder Gegenwert
 1/4 % fino a \$US 500 000.- o controvalore
 1/4 % p. a. up to \$US 500 000.- or countervalue

1/4 % pour des montants supérieurs
 1/4 % ab \$US 500 000.- oder Gegenwert
 1/4 % p. a. for deposits exceeding this amount

Minimum Fr.s 40.- ou contrevalleur
 Minimum Fr.s 40.- oder Gegenwert
 Minimum Sfr. 40.- or countervalue

Depotreglement

Bedingungen für die Aufbewahrung und Verwaltung von Wertpapieren und anderen Wertgegenständen

A. Allgemeines

1 Entgegennahme von Depots. Die Schweizerische Bankgesellschaft übernimmt:

a) Wertpapiere aller Art (Aktien, Obligationen, Pfandbriefe, Hypothekartitel usw.); Lose, Versicherungspolice, Dokumente und Edelmetallbarren zur Aufbewahrung und Verwaltung **in offenem Depot**;

b) Wertsachen, Dokumente usw. zur Aufbewahrung **in verschlossenem Depot**.

Es steht der Bank frei, ohne Angabe von Gründen die Entgegennahme von Depots abzulehnen.

2 Aufbewahrung. Die Bank verpflichtet sich, die ihr übergebenen Depots an einem sicheren Ort mit der gebotenen Sorgfalt aufzubewahren.

3 Vertragsdauer. Die Hinterlegung geschieht in der Regel auf unbestimmte Zeit. Der Deponent oder der Verfügungsberechtigte kann das Depot während der üblichen Kassastunden jederzeit zurückziehen.

Auch die Bank kann jederzeit die Rücknahme des Depots verlangen.

4 Depotausweise. Die Bank übergibt dem Deponenten in der Regel Empfangsscheine, welche die möglichst genaue Bezeichnung der zur Aufbewahrung übernommenen Wertpapiere oder andern Wertsachen enthalten und von der Bank unterzeichnet sind.

Diese Empfangsscheine sind weder übertragbar noch verpfändbar.

Die Auslieferung hinterlegter Wertpapiere und anderer Wertsachen erfolgt gegen Unterzeichnung einer Quittung.

5 Mehrzahl von Deponenten. Ein Depot kann von einer Mehrzahl von Deponenten errichtet werden. Das Verfügungsrecht wird in solchen Fällen durch eine besondere Vereinbarung geordnet; ohne eine anderslautende Regelung sind die Deponenten nur gemeinsam verfügungsberechtigt. Für allfällige Ansprüche der Bank aus der Hinterlegung haften die Deponenten solidarisch.

6 Depots von Firmen, Körperschaften, Stiftungen, Behörden usw. Wird das Depot von einer Firma, Körperschaft, Stiftung, Behörde usw. errichtet, so sind der Bank die Verfügungsberechtigten schriftlich zu bezeichnen und auch die jeweiligen Veränderungen in der Verfügungsberechtigung bekanntzugeben. Jeder einmal bezeichnete Verfügungsberechtigte behält seine Berechtigung bis zum Eintreffen eines schriftlichen Widerrufs bei der Bank.

7 Stellvertretung des Deponenten. Vollmacht. Will der Deponent jemandem als seinem Stellvertreter die Ermächtigung erteilen, über das Depot zu verfügen, so hat er eine entsprechende schriftliche Vollmacht auszustellen. Die Bank hält Vollmachtsformulare zur Verfügung der Deponenten bereit.

Die Vollmacht ist der Bank zu übergeben und bleibt in ihrem Besitz.

Die Bank kann verlangen, dass die Unterschriften beglaubigt werden.

8 Erlöschen der Vollmacht. Eine auf unbestimmte Zeit erteilte Vollmacht besteht in allen Fällen zu Recht, bis ihr schriftlicher Widerruf durch den Deponenten selbst, durch seine allfälligen gesetzlichen Vertreter oder durch seinen Rechtsnachfolger zur Kenntnis der Bank gelangt.

9 Prüfung der Unterschriften. Die Bank vergleicht jeweils die Unterschrift des Deponenten oder seiner Bevollmächtigten mit der bei ihr liegenden Unterschriftenprobe. Für das etwaige Nichterkennen von Fälschungen wird die Haftung nicht übernommen, es sei denn, dass der Bank grobes Verschulden nachgewiesen werden könnte. Zu einer weitergehenden Legitimationsprüfung ist die Bank nicht verpflichtet.

10 Pfandrecht. Falls der Deponent der Bank gegenüber Schuldner wird, haftet ihr das Depot als Faustpfand, sofern und soweit ihr dies zur Sicherstellung ihrer jeweiligen Ansprüche erforderlich erscheint.

11 Mitteilungen an den Deponenten. Jede Mitteilung an den Deponenten oder einen andern über das Depot Verfügungsberechtigten gilt als von diesem empfangen, wenn sie an seine letzte der Bank bekanntgegebene Adresse abgesandt worden ist.

12 Transportversicherung. Wenn der Kunde nichts anderes bestimmt, besorgt die Bank auf seine Kosten die Versicherung der von ihr auszuführenden Transporte von Wertpapieren und andern Wertsachen, soweit sie üblich ist und im Rahmen ihrer eigenen Versicherung bei einer schweizerischen Versicherungsgesellschaft geschehen kann.

13 Depotgebühr. Die Depotgebühr wird nach dem jeweils in Kraft stehenden Tarif berechnet. Die Bank behält sich die jederzeitige Änderung der Ansätze vor. Solche Änderungen sind dem Deponenten mitzuteilen.

Überdies kann die Bank für aussergewöhnliche Bemühungen und Kosten besonders Rechnung stellen.

14 Änderungen der Bestimmungen des Reglementes. Die Bank behält sich die jederzeitige Änderung der Bestimmungen dieses Reglementes vor. Solche Änderungen bedürfen jedoch, um für den Hinterleger verbindlich zu sein, der Mitteilung an seine letzte der Bank bekannte Adresse oder der allgemeinen Bekanntgabe durch Anschlag an den Bankschaltern.

15 Schweigepflicht. Die Mitglieder der Bankbehörden und die Angestellten sind im Sinne des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen zur Wahrung strengster Verschwiegenheit über den gesamten Geschäftsverkehr mit den Kunden verpflichtet.

16 Anwendbares Recht, Gerichtsstand. Alle Rechte und Pflichten des Deponenten und der Bank sind nach schweizerischem Recht zu beurteilen, und zwar durch die ordentlichen Gerichte des Kantons der Niederlassung der Bank, bei welcher das Depot besteht, unter Vorbehalt der Weiterziehung an das Schweizerische Bundesgericht.
Der Bank steht es jedoch frei, ihre Rechte auch beim zuständigen Gericht des Wohnsitzes des Deponenten oder bei jedem andern zuständigen Gericht geltend zu machen.

B. Besondere Bestimmungen für offene Depots

17 Form der Aufbewahrung. Die Bank verwahrt die dem Kunden im offenen Depot zustehenden Werte mit der gleichen Sorgfalt wie ihre eigenen.
Der Kunde erklärt sich damit einverstanden, dass die Bank einzelne Titelsorten oder Edelmetallbarren in das eigene Sammeldepot nimmt oder einer Sammeldepot-Zentralstelle zur Verwahrung übergibt. Dem Kunden steht am jeweiligen Bestand des Sammeldepots Miteigentum im Verhältnis der von ihm hinterlegten Wertschriften oder Edelmetallbarren der betreffenden Barrengrosse und Feinheit zu.
Falls im Sammeldepot verwahrte Wertpapiere ausgelost werden, verteilt die Bank die ausgelosten Titel unter die Miteigentümer, wobei sie sich bei dieser Zweitauslosung einer Methode bedient, die allen Miteigentümern eine gleichwertige Aussicht auf Berücksichtigung garantiert wie das ursprüngliche Auslosungsverfahren.
Vorbehalten bleiben die Bestimmungen von § 18.

18 Depots im Ausland. Vorbehältlich anderweitiger Vereinbarungen lässt die Bank Wertpapiere oder Edelmetallbarren, die im Ausland aufbewahrt werden, bei einem Korrespondenten oder einer Sammeldepot-Zentralstelle ihrer Wahl auf ihren Namen, jedoch auf Rechnung und Gefahr des Kunden in der dort üblichen Weise verwahren und verwalten.
Im Falle ausgeloster Titel erfolgt die Verteilung auf die Kunden durch eine eigene, in § 17 umschriebene Verlosung.

19 Verwaltung. Ohne ausdrücklichen Auftrag des Deponenten besorgt die Bank vom Tage der Deponierung an:

- a) den Einzug oder die bestmögliche Verwertung fälliger Zins- und Dividendscheine sowie zur Rückzahlung kommender Titel;
 - b) die Überwachung von Auslosungen, Kündigungen, Konversionen, Bezugsrechten und Amortisationen von Wertpapieren aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Publikationen, jedoch ohne eine Verantwortlichkeit zu übernehmen;
 - c) den Bezug neuer Couponsbogen und den Umtausch von Interimsscheinen gegen definitive Titel.
- Die Bank übernimmt ferner auf rechtzeitig erfolgten schriftlichen Auftrag des Deponenten:
- a) die Besorgung von Konversionen;
 - b) die Vermittlung von Einzahlungen auf nicht voll einbezahlte Titel;
 - c) die Entgegennahme von Zinsen und Kapitalabzahlungen auf Hypothekartiteln;
 - d) die Kündigung und das Inkasso von Hypothekartiteln;
 - e) die Ausübung oder den Verkauf von Bezugsrechten. Sofern die Bank bis am Vortag der letzten Börsennotiz des Bezugsrechts bzw. bei nicht kotierten oder ausländischen Wertpapieren innert angemessener Frist keinen abweichenden Auftrag des Kunden entgegengenommen hat, ist sie berechtigt, das Bezugsrecht bestens zu verkaufen.

20 Einkassierte Beträge. Einkassierte Beträge werden dem Deponenten auf einem Schweizerfrankenkonto gutgeschrieben, sofern der Bank nicht rechtzeitig anderweitige Weisungen erteilt werden.

21 Depotauszüge. Die Bank stellt dem Deponenten in der Regel einmal jährlich eine Aufstellung seines Depotbestandes zur Überprüfung zu.
Diese Depotauszüge gelten als richtig befunden und genehmigt, wenn nicht innerhalb einer Frist von vier Wochen, vom Versandtag an gerechnet, eine schriftliche Einwendung gegen ihre Richtigkeit bei der Bank erhoben wird.

22 Vermögensverwaltung, Testamente. Aufgrund besonderer Vereinbarungen übernimmt die Bank auch Treuhandfunktionen, die Verwaltung ganzer Vermögen sowie die Durchführung von Erteilungen, Willensvollstreckungen und ebenso die Aufbewahrung von Testamenten, Erbverträgen usw.

C. Besondere Bestimmungen für verschlossene Depots.

23 Übergabe. Verschlossene Depots sind mit einer Wertdeklaration zu versehen; sie sollen in der Regel auf der Umhüllung die genaue Adresse des Deponenten tragen und derart versiegelt oder plombiert sein, dass das Öffnen ohne Verletzung des Siegels oder der Plombe nicht möglich ist. Sie sind mit einer Erklärung nach besonderem Formular einzureichen, welche Unterschrift und wenn möglich das Siegel des Deponenten trägt.

24 Inhalt. Die verschlossenen Depots dürfen keinesfalls feuer- oder sonst gefährliche oder zur Aufbewahrung in einem Bankgebäude ungeeignete Gegenstände enthalten. Der Deponent haftet für jeden infolge Zuwiderhandlung gegen diese Bestimmung entstehenden Schaden.
Die Bank ist berechtigt, vom Deponenten den Ausweis über die Natur der deponierten Gegenstände zu verlangen.

25 Haftung. Eine Haftpflicht der Bank wird nur insoweit übernommen, als ihr grobe Fahrlässigkeit als Ursache des Schadens nachgewiesen werden könnte, wobei ihre Haftung nach oben durch den deklarierten Wert begrenzt wird. Insbesondere lehnt die Bank die Haftung für solche Schäden ab, die durch atmosphärische Einflüsse oder durch im Auftrag des Deponenten vorgenommene Manipulationen irgendwelcher Art an deponierten Gegenständen entstehen. Bei der Rücknahme des Depots hat der Deponent festzustellen, ob Siegel oder Plombe unversehrt sind. Mit der Herausgabe ist die Bank von jeder Haftung befreit.

26 Versicherung. Es steht dem Deponenten frei, die deponierten Gegenstände durch eine private Police gegen Schaden versichern zu lassen. Die Bank übernimmt auf Wunsch die Vermittlung einer solchen Versicherung.

27 Dieses Reglement trat mit 1. Januar 1941 in Kraft. Damit werden die bisherigen Bestimmungen aufgehoben.



Merkblatt: Treuhandverhältnisse

(Oktober 1967)

In Handel und Wirtschaft sind heute Treuhandverhältnisse häufig anzutreffen. Ueber die Treuhandkonti bei Banken hat die Abteilung Stempelabgaben und Verrechnungssteuer am 31. Mai 1965 ein Merkblatt (S-02.101) herausgegeben, das die Anforderungen umschreibt, die an den Nachweis der Treuhand gestellt werden. Andere Treuhandverhältnisse werden steuerlich anerkannt, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind:

A. Allgemeines

1. Treuhandvertrag

Es müssen schriftliche Abmachungen zwischen Treugeber und Treuhänder aus der Zeit der Begründung der Treuhand vorliegen. Der Treuhandvertrag hat den Namen und die genaue Adresse des Treugebers zu enthalten; die Nennung nur eines Beauftragten des Treugebers (z.B. eine Bank, eine liechtensteinische Anstalt) genügt nicht.

2. Bezeichnung des Treugutes

Das Treugut muss im Vertrag genau umschrieben sein, gegebenenfalls durch Angabe der einzelnen Bestandteile (Bezeichnung der Wertschriften mit Nummern usw.). Für jede Vermehrung ist ein neuer Vertrag oder mindestens ein Vertragszusatz zu erstellen. Aenderungen in der Zusammensetzung des Treugutes (Vermögensumschichtungen, Verkäufe, Rückzahlungen, Neuanlagen usw.) müssen belegt werden können.

3. Risiken und Kosten

Dem Treuhänder dürfen aus der Anlage, der Verwaltung und der Veräusserung des Treugutes keine Risiken erwachsen; alle dahergigen Kosten und andern Lasten (Abschreibungen, Verluste usw.) sind ausschliesslich vom Treugeber zu tragen. Das muss im Treuhandvertrag ausdrücklich festgehalten sein.

4. Entschädigung

Der Treuhänder soll vom Treugeber eine Entschädigung (Treuhandkommission) erhalten, die den für derartige Dienstleistungen handelsüblichen Ansätzen entspricht. Erfahrungsgemäss richtet sie sich nach dem Umfang der vom Treuhänder zu leistenden Dienste. Der Satz der Kommission und die Berechnungsgrundlage können daher verschieden sein, je nach Art, Bedeutung und Standort des Treugutes. Die Bedingungen der Treuhandentschädigung sind im Vertrag genau festzuhalten.

5. Bilanzen

Aus den der Steuerverwaltung einzureichenden Bilanzen des Treuhänders soll klar ersichtlich sein, dass er Vermögenswerte treuhänderisch besitzt; die Treuhandkonti sind unter den Aktiven und den Passiven, oder "unter dem Strich", als solche aufzuführen.

6. Buchhaltung

Ueber das Treugut sowie die Ansprüche und Verpflichtungen des Treugebers sind in der Buchhaltung des Treuhänders besondere Konti zu eröffnen und zu führen, die der Steuerbehörde jederzeit genauen Aufschluss über die Zusammensetzung und die Veränderungen des Treugutes und die wechselseitigen Verpflichtungen der Beteiligten geben.

Hinweise:

7. Verrechnungssteuer

Der Treuhänder hat keinen Anspruch auf Rückforderung der von den Erträgen des Treugutes abgezogenen Verrechnungssteuer (Art. 61 der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer vom 19. Dezember 1966).

8. Ausländische Quellensteuern (Doppelbesteuerungsabkommen)

Fliessen Treuguterträge aus Anlagen in Ländern, mit denen die Schweiz ein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat, so kann der Treuhänder die in den Abkommen vorgesehene Quellensteuerentlastung nicht beanspruchen.

B. Wertschriften, Beteiligungen oder Guthaben als Treugut

Besteht das Treugut aus Wertschriften, Beteiligungen oder Forderungen (eine Forderung kann nicht Treugut sein, wenn Treugeber und Darlehensschuldner identisch sind), so müssen neben den allgemeinen (Abschnitt A) noch die folgenden besonderen Bedingungen erfüllt sein:

9. Auskünfte

Es müssen vorgelegt werden können:

- a) die Kaufsabrechnungen (Börsenabrechnungen), die Liberierungsabrechnungen usw.;
- b) für ausländische, nicht kotierte Wertschriften und Beteiligungen:
 - die Gründungsurkunde der ausländischen Gesellschaft oder ähnliche Schriftstücke, welche die Eintragung in ein öffentliches Register belegen;
 - die letzte vor dem Kauf oder vor der Zeichnung einer Kapitalerhöhung abgeschlossene Jahresrechnung (Geschäftsbericht) der Gesellschaft sowie alle Unterlagen, die eine Bewertung der treuhänderisch erworbenen Beteiligung ermöglichen.

Die Vorlagepflicht gemäss lit. b gilt auch in bezug auf Anlagen bei Gesellschaften, die, wie beispielsweise die italienischen Kommanditgesellschaften (Società in accomandita semplice, S.a.s.), nach dem zutreffenden Landesrecht nicht verpflichtet sind, den Steuerbehörden ihre Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen vorzulegen.

10. Entschädigung

Bei der Festsetzung der dem Treuhänder zustehenden Entschädigung sind die unter Abschnitt A, Ziffer 4 erwähnten allgemeinen Grundsätze zu beachten.

Die Kommission ist jährlich zu berechnen

- a) bei Forderungen auf dem Nominalbetrag,
- b) bei Wertschriften und Beteiligungen auf dem Börsenwert oder, wenn sie nicht kotiert sind, auf dem Verkehrswert.

Die Treuhandkommission soll dem Treuhänder erlauben, alle seine Auslagen (Verwaltungsrats honorar, Büros pesen, Domizilgebühr usw.) zu decken, und ihm zudem für seine Dienstleistungen einen Nettoertrag sichern, der mindestens beträgt:

- 2 o/oo auf den ersten Fr. 10'000'000.-- (oder Bruchteilen) des Treugutes,
- 1,5 o/oo auf den zweiten Fr. 10'000'000.-- (oder Bruchteilen) und
- 1 o/oo auf den Fr. 20'000'000.-- übersteigenden Werten.

C. Liegenschaften als Treugut

(Die nachfolgenden Darlegungen gelten nicht für Liegenschafts-Anlagefonds; vgl. Art. 31, Abs. 2, lit. a des Anlagefonds-Gesetzes.)

11. Liegenschaftseigentümer ist zivilrechtlich der im Grundbuch Eingetragene, selbst dann, wenn er nur als Treuhänder handelt. Der Treugeber hat kein dingliches Recht, sondern nur eine (obligationenrechtliche) Forderung gegenüber dem Treuhänder. Nach derzeitiger Praxis und bis auf weiteres wird steuerlich anerkannt, dass eine schweizerische juristische Person, die im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen ist, das Eigentum auch nur treuhänderisch innehaben kann. Die Eidg. Steuerverwaltung behält sich indessen eine Praxisänderung vor, falls sie Missbräuche feststellen sollte.

Neben den allgemeinen (Abschnitt A) müssen noch die folgenden besonderen Bedingungen erfüllt sein:

12. Hypothekarische Belastung

Die Grundpfandschulden dürfen 50 % des Liegenschaftswertes (Verkehrswert) nicht übersteigen.

13. Auskünfte

Es müssen vorgelegt werden können:

- die Kaufverträge (Original oder beglaubigte Abschrift);
- die bereinigten Grundbuchauszüge;
- die Versicherungspolice n (Feuer-, Schaden-, Haftpflichtversicherung);
- die mit dem An- und Verkauf der Liegenschaft zusammenhängenden Steuerrechnungen und -quittungen;
- eine Aufstellung der auf das Grundstück errichteten Grundpfänder, mit Angabe des Ranges, der Bedingungen und der Schuldsumme;

- die zwischen Käufer und Verkäufer gegebenenfalls abgeschlossenen Zusatzverträge oder anderen den Kaufvertrag ergänzenden Vereinbarungen (insbesondere wenn der Verkäufer und der Aktionär der schweizerischen Gesellschaft nicht identisch sind);
- für Liegenschaften in Italien: die von der "Direzione Generale delle Tasse e delle Imposte Indirette sugli Affari" ausgestellten "avvisi di accertamento di valore" sowie die Angabe des endgültig festgesetzten Wertes.

14. Entschädigung

Die jährliche Treuhandkommission berechnet sich unter Beachtung der Grundsätze von Abschnitt A, Ziffer 4 auf den Verkehrswert der Liegenschaft. Sie soll dem Treuhänder erlauben, alle seine Auslagen (Verwaltungsratshonorar, Bürospesen, Domizilgebühr usw.) zu decken, und ihm zudem für seine Dienstleistungen einen Nettoertrag sichern, der mindestens beträgt:

2	o/oo auf den ersten	Fr. 10'000'000.-- (oder Bruchteilen) des Treugutes,
1,5	o/oo auf den zweiten	Fr. 10'000'000.-- (oder Bruchteilen) und
1	o/oo auf den	Fr. 20'000'000.-- übersteigenden Werten.

D. Treugüter anderer Art

15. Treuhandverhältnisse, die sich auf Handelsgeschäfte, auf immaterielle Güter (Rechte an geistigem Eigentum usw.) oder auf andere vertragliche Rechte beziehen, werden von der Eidgenössischen Steuerverwaltung nicht generell, sondern nur von Fall zu Fall und unter den von ihr festgelegten Bedingungen und Auflagen anerkannt und sind ihr vor Abschluss des Rechtsgeschäftes zu unterbreiten. Steuerlich nicht anerkannt werden angebliche Treuhandverhältnisse dann,

wenn ihnen keine ernsthaften wirtschaftlichen Motive zu Grunde liegen;

wenn der "Treuhand" gleichzeitig als Käufer und Verkäufer für Rechnung des "Treugebers" handelt;

wenn der "Treuhand" die versprochenen Dienste, weil er selber sie nicht leisten kann, durch den "Treugeber" besorgen lässt, z.B. weil der "Treuhand" nicht über die Kenntnisse, das Personal, die technischen und andern Einrichtungen verfügt, um die ihm nach dem "Treuhandverhältnis" obliegenden Dienste zu erbringen.



Merkblatt: "Treuhandkonto"

(vom 31. Mai 1965; Auflage 1968)

1. Schaltet sich bei Darlehen eine Bank als Treuhänderin des Gläubigers ein, so wird grundsätzlich die Bank aus der treuhänderischen "Entgegennahme" von Geldern weder nach der eidg. Stempelgesetzgebung noch nach dem Verrechnungssteuergesetz steuerpflichtig; denn der Treugeber begründet nichtein (echtes) Bank- oder Kundenguthaben. Das gilt allerdings nur dann, wenn nach dem wahren Inhalt des Geschäftes (Art. 5 der Stempelverordnung) eine Treuhandschaft vorliegt und wenn sie auf ernsthaften wirtschaftlichen Gründen beruht. So kann beispielsweise von Treuhand keine Rede sein und wird ihr die steuerliche Anerkennung versagt, wo der angebliche Treugeber und der Darlehensschuldner identisch sind.
2. Nach ständiger Praxis werden an den Nachweis einer Treuhandschaft die folgenden Anforderungen gestellt:
 - a. Es müssen schriftliche Abmachungen zwischen Treugeber und Bank aus der Zeit der Begründung der Treuhandschaft vorliegen. Der Treuhandvertrag hat sowohl den Treugeber als auch den Darlehensnehmer zu nennen (Personalien, Adresse), wobei die Angabe eines blossen Beauftragten (z.B. einer Dritt-Bank) nicht genügt.
 - b. Nach den getroffenen Abmachungen muss jedes Risiko der Bank aus dem treuhänderisch besorgten Geschäft ausgeschlossen sein, so dass dieses ausschliesslich auf Rechnung und Gefahr des Treugebers geht; das setzt voraus, dass der Inhalt des Treuhandvertrages insbesondere bezüglich Valuta, Zinssatz, Laufzeit, Kündigung und Rückzahlungsbedingungen mit den entsprechenden Klauseln des Darlehensvertrages übereinstimmt.
 - c. Die vom Darlehensnehmer geleisteten Zinsen sind vollständig, gegebenenfalls gekürzt um die von ihm geschuldeten und zu überwälzenden Quellensteuern, dem Treugeber gutzuschreiben; die Treuhandkommission der Bank und die ihr zustehende Entschädigung für Spesen u.dgl. dürfen nicht in Form eines Zinsschnittes bezogen werden, sondern sind gesondert zu verbuchen.
3. Im Interesse einer reibungslosen Kontrolle sind gemäss den Regeln der ordnungsgemässen Buchführung die "Treuhand-Konti" gesondert zu führen; insbesondere sind die entgegengenommenen und weitervergiteten Darlehenszinsen nicht im ordentlichen Zinsenkonto als Kreditoren- und Debitorenzinsen zu verbuchen. Es versteht sich, dass die schriftlichen Unterlagen des Treuhandgeschäftes unseren Inspektoren auf Verlangen vorzulegen sind. Wird der Treugeber oder Darlehensnehmer in den Dokumenten und Büchern durch einen Decknamen oder eine Nummer u.dgl. gekennzeichnet, so sind auf besonderes Verlangen die Personalien zu offenbaren.

Lebenslauf

Geboren am 31. Januar 1951 in Luzern verbrachte ich meine ersten Lebensjahre in Kastanienbaum. 1958 trat ich in die Primarschule in Thalwil ein, wo ich anschliessend auch die Sekundarschule besuchte. Nach der Maturität an der Oberrealschule in Baden immatrikulierte ich mich für ein Jahr an der medizinischen Fakultät in Fribourg. Im Herbst 1974 nahm ich das juristische Studium an der Universität Zürich auf, wo ich am 7. Mai 1980 zum Lizentiaten und am 15. Juli 1981 zum Doktor der Rechtswissenschaft promovierte.
